LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

POR

Carl SCHMITT

Colección
CRÍTICA DEL DERECHO

Sección
ARTE DEL DERECHO

Director
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ



LEGALIDAD
Y
LEGITIMIDAD

por

CARL SCHMITT

(1932) Traducción de la 4.ª edición, Duncher & Humblot, Berlin 1988.
Traducción directa del alemán realizada por
CRISTINA MONEREO ATIENZA

EDICIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR,
«LA TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD
EN CARL SCHMITT» A CARGO DE

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de la Universidad de Granada

CRISTINA MONEREO ATIENZA
Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga

GRANADA
EDITORIAL COMARES, S.L.
2006

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

COLECCIÓN: CRÍTICA DEL DERECHO

SECCIÓN: ARTE DEL DERECHO

Director de la colección:

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

72



Editorial COMARES
POLÍGONO JUNCARIL, PARCELA 208
TFNO. 958 46 53 82 • 18220 ALBOLOTE (GRANADA)
HTTP://WWW.COMARES.COM

ISBN: 84-9836-121-4 • DEPÓSITO LEGAL: GR. 1.821-2006

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES, S.L.

SUMARIO

ESTUDIO PRELIMINAR

La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt

por

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de la Universidad de Granada

Cristina Monereo Atienza
Profesora de Filosofía de Derecho de la Universidad de Málaga

1. El problema de la legalidad y de la legitimidad del poder en el Estado moderno

> «Un principio de legitimidad no puede, en ningún caso, ser portador de una ficción, no debe en ningún supuesto encarnar una mistificación; el secreto de su eficacia estriba justamente en su condición de postulado real y efectivamente operante en la vida social».
>
> Guglielmo Ferrero [1]

El pensamiento de Carl Scmitt sobre esta materia es cambiante atendiendo a las mutables circunstancias históricas en las que desplegó su pensamiento. Toda forma de pensamiento está mediatizada históricamente. De este modo, en su obra la «Teología política» de 1922 [2] se hace derivar la legitimidad de la capacidad para imponer y garantizar el orden social. Por su parte, en la «Teoría de la Constitución» publicada en 1928 [3], se atribuye la titularidad de la legitimidad a ciertas instancias cuya voluntad se considera singularmente valiosa y determinante: el Rey y el Pueblo. Es de esa legitimidad donde se hace derivar el poder de dictar la Constitución (entendida como instrumento jurídico-político fundamental de decisión sobre las bases cons-

[1] Ferrero, G.: *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad,* trad. de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 282.

[2] Schmitt, C.: «El concepto de la política», en *Escritos políticos,* trad. F. Javier Conde, Madrid, Cultura Española, 1941, reimpresión por la editorial Doncel, Madrid, 1975.

[3] Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución,* trad. Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982.

titutivas de una determinada comunidad política). Finalmente, en su libro «Legalidad y legitimidad» de 1932, entiende que en el contexto histórico nuevo no tiene cabida la legitimidad dinástica, siendo así que el «poder constituyente» debe ser atribuido al Pueblo. En tal caso la Constitución es el resultado de un pacto y no de una decisión única y coherente. Es el principio de legitimidad en el Estado constitucional. Esta percepción del problema de la legitimidad le permitió relativizar y criticar el valor definitorio del orden en la Constitución de Weimar [4]. En esta etapa en su obra «Legalidad y legitimidad», tras una crítica severa del dualismo y el carácter indecisorio de la Constitución de Weimar [5], postula el desplazamiento de las atribuciones y poderes decisorios del Parlamento (discutidor pero esencialmente indecisorio) al Presidente del Reich (llamado al encarnar la voluntad del Pueblo, en la lógica propia de una democracia plebiscitaria) [6]. Una legitimidad plebiscitaria que ocuparía el lugar de la legalidad del Estado legislativo parlamentario [7]. En la postguerra Schmitt reflexionó sobre los presupuestos de la legitimidad moderna y lo vincula con el problema legitimador que planteó la desteologización, la cual implica una despolitización, en el sentido de que el mundo ha dejado de ser «politomorfo». Esto, apunta, pone fin, de igual manera, a la distinción entre amigo y enemigo como criterio fundamental

[4] Véase ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La crisis del Estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar,* Barcelona, Ed. Ariel, 1989, pág. 109.

[5] Carl Schmitt en *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, apreció el Estado pluralista de partidos de Weimar se convirtió en total no en virtud de su fuerza, sino a la debilidad, interviniendo en todos los ámbitos de la vida social porque debe satisfacer las demandas de todos los interesados, y en el marco de dos constituciones contrapuestas: la primera y la segunda parte de la Constitución de Weimar. Schmitt ve en la en la segunda parte de la Constitución de Weimar una segunda Constitución. Según él el carácter compromisorio —sistema de pactos y compromisos— del sistema pluralista de Weimar tiene un efecto de bloqueo y de neutralización de la decisión política (Ibid., Conclusiones, págs. 87-88). Cfr. SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, cap. II, págs. 37 y sigs. En el ala de izquierdas de la influencia de Schmitt, esa idea de «Constitución sin decisión», fue magistralmente estudiada por Otto kirhheimer. Véase al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L.: Estudio Preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia Política. Empleo de procedimientos judiciales al servicio de intereses políticos,* Granada, Editorial Comares, 2001.

[6] Véase SÁNCHEZ AGESTA, L.: «Sobre la crisis del régimen parlamentario en Carl Schmitt», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 64 (1989), págs. 7 a 24; LUCAS VERDÚ, P.: «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 64 (1989), págs. 25 a 92.

[7] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, págs. 58 y sigs.

de lo político. Reitera también el desplazamiento de la legitimidad por la legalidad en el marco del racionalismo occidental [8].

En este contexto histórico-político de emergencia de un régimen totalitario Carl Schmitt realiza una reflexión crítica sobre el pricipio de legalidad que enmarca en su crítica al positivismo formalista (especialmente en confrontación directa con Kelsen). Su reproche se dirige directamente sobre el carácter fomal y no sustancial de la legalidad, que conduce, en su opinión, a una indiferencia valorativa y a la neutralización de la política en la forma del Estado de Derecho. Ello supone, para él, un ocultamiento del problema de la soberanía (que tiende a ver aquí como la capacidad de imponer un orden social en la comunidad política mediante una nítida diferenciación entre amigo y enemigo [9]). Por lo demás, observaba haciendo patente la influencia de Weber, que la legalidad no era en su origen otra cosa que un producto del racionalismo occidental y una forma de legitimidad, mas no su absoluto contrataste. La general neutralización axiológica pertenecía al funcionalismo general y hacía de la democracia la ideología de un relativismo fundamental [10], pues la legalidad positivista obedece a una pura racionalidad formal. La reducción del positivismo jurídico de la legitimidad a la legalidad convierte a ésta en un sistema cerrado. En tal sentido observa que en nuestros días, la ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con la legitimidad de una voluntad dotada de existencia real e inspirada en el Derecho; hoy día es ésta la oposición esencial, no la oposición entre monarquía, aristocracia, oligarquía o democracia, que, casi siempre, no hace más que confundir y embrollar. Por otra parte, entiende que el Estado de su época se encuentra en un proceso de transformación, y el viraje hacia el Estado totalitario [11], característico del momento actual, con su inevitable tendencia hacia la planificación (no hacia la libertad, como en el siglo XIX), se presenta como un viraje típico hacia

[8] Véase el «Epílogo» sobre «La situación actual del problema: la legitimidad moderna» de su ensayo *Teología Política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política (1969),* recogido en Carl Schmitt, teólogo de la política, Prólogo y Selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, México, FCE, 2001, págs. 451 y sigs. Véase también su ensayo «La época de la neutralidad y despolitización», incorporado en la presente edición.

[9] Véase SCHMITT, C.: *El concepto de lo político,* versión de Rafael Agapito, Madrid, Alianza, 1991.

[10] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, «Introducción» (pág. XI, de Aguilar).

[11] En el Estado totalitario se refleja la tendencia en las sociedades complejas hacia la politización de la compleja existencia humana, procediendo a conquistar todas las esferas de la vida. En tal sentido SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, pág. 90.

el Estado administrativo [12]. Un «Estado de economía» no puede funcionar como Estado legislativo parlamentario (con su sistema de legalidad cerrado [13]) y tiene que convertirse necesariamente en Estado administrativo. Estos Estados gubernativos o administrativos son los más adecuados como instrumentos para llevar a cabo transformaciones radicales, de signo revolucionario o reaccionario, y para configuraciones de gran envergadura [14]. En este tipo de Estados el Estado no será legítimo por su mera legalidad formal (a diferencia del Estado legislativo liberal que se vincula precisamente con el principio de legalidad); es preciso que atienda ante todo a los contenidos valorativos y a los fines a los que sirve; esto es, a una justificación material, por contraposición a toda idea de una legalidad funcionalista indiferente y neutral respecto al contenido. Schmitt toma nota de la crisis del legalismo formalista y trata de defender su sustitución por un principio de legitimidad sustancial, que en él comporta la aceptación de un orden jurídico previamente existente al jurídico-positivo. Tras ello se oculta la pretensión de justificar el poder, porque, históricamente, «los principios de legitimidad no son más que justificaciones del Poder, esto es, explicaciones que los gobernantes dan a los gobernados acerca de las razones en que pretenden fundamentar su derecho a mandar, y ello porque entre todas las desigualdades humanas, ninguna tiene tanta necesidad de justificarse, de explicarse ante la razón, como la desigualdad que deriva del fenómeno del Poder, del hecho de la dominación de unos hombres por otros hombres» [15]. En realidad, el problema

[12] Véase FORSTHOFF, E.: *El Estado de la sociedad industrial,* Madrid, IEP, 1975.

[13] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, pág. 4. Entiende Schmitt por Estado legislativo «un cierto tipo de comunidad política cuya peculiaridad consiste en que ve la plasmación máxima y decisiva de su voluntad en un conjunto de normas que pretenden ser Derecho y que por eso requieren unas determinadas cualidades y, por lo mismo, el resto de funciones, competencias y asuntos públicos» (Ibid., pág. 1).

[14] Por el contrario, entiende, que el Estado legislativo es el vehículo típico de una era reformista-revisionista-evolucionista, equipada con programas de partido, que trata de realizar el «progreso» mediante leyes justas, de un modo legal-parlamentario. Cfr. SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición.

[15] FERRERO, G.: *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad,* trad. de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 30. En esta obra el autor realiza un tratamiento ontológico del Poder a través de la categoría de legitimidad. Según Ferrero un poder es legítimo cuando se atribuye y se ejercita según los principios y reglas aceptadas sin discusión por aquellos que están destinados a obedecer. Incluso los pueblos que no conocen la noción abstracta de legitimidad, saben reconocer, en el respeto a estas reglas y principios la fuente originaria de todo el poder. Para que una comunidad política pueda vivir sin miedo y prosperar en medio de los parabienes de sus más agrestes súbditos, es preciso que las personas que en él habitan, *acepten la soberanía* de uno de aquellos Genios invisibles de la ciudad, que le sean fiel y que lo apli-

de la legitimidad hace referencia al problema de justificación del poder [16]. Además, no se pueden confundir las nociones de «legalidad» (ley) y Derecho, pues éste no se agota en la ley formal [17].

La legitimidad es un atributo del poder político (se habla de legitimidad del Estado) que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales o excepcionales, recurrir a la fuerza organizada. Es manifiesto que todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca socialmente como legítimo, transformando la obediencia en adhesión voluntaria. Es así que la *creencia en la legitimidad* es el elemento integrante de las relaciones de poder que se desarrollan en el ámbito estatal [18]. Sin embargo, la acepción del sistema político establecido puede ser más o menos libre atendiendo al tipo de Estado, democrático o autoritario.

quen con lealtar, dejando a un lado cualquier rasgo de malicia o de perfidia (Ibid., pág. 138-139). Pero un principio de legitimidad (él distingue cuatro: electivo, hereditario, aristo-monárquico y democrático; Ibid., págs. 28 y sigs.) no surge jamás aisladamente por mucho que se esfuerce en negarlo está siempre vinculado a las costumbres, la cultura, la ciencia, la religión y los intereses económicos de una época. Pero la atribución y el ejercicio del poder conforme a las reglas de legitimidad que de él derivan, constituyen la esencia de la legitimidad. En tal sentido para juzgar correctamente un Estado y su política se requiere saber exactamente cuáles son los signos de identidad de un gobierno legítimo. Cada época construye su propio principio de legitimidad en razón de sus particulares circunstancias históricas y sociales (Ibid., págs. 146 y sigs.). En su opinión el principio de legitimidad que corresponde a a la época actual está fuera de toda duda: el que integra y participa de la idea de delegación del poder por el pueblo. El principio hereditario, que legitimaba la aristocracia y las monarquías del pasado, exigía entre otras cosas una organización de la sociedad, un reparto de la riqueza, una orientación espiritual que hace ya mucho tiempo desaparecieron (Ibid., pág. 281).

[16] Véase KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático,* Buenos Aires, Ediciones de Depalma, 1980, págs. 13 y sigs.

[17] Sobre las nociones de legalidad y legitimidad, aparte evidentemente de la obra «Legalidad y legimitidad» de Car Schmitt, véase FERRERO, G.: *El poder. Los Genios Invisibles de la Ciudad,* citada; KRIELE, M.: *Introducción a la Teoría del Estado,* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980; BOBBIO, N.: «Legalidad» y LEVI, L.: «Legitimidad», voces del *Diccionario de Política,* N. Bobbio y N. Matteucci (Dir.), t. II, Madrid, Siglo XXI, 1983; MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C.: *Legalidad y Legitimidad: la teoría del poder,* Madrid, Actas, 1991; KLIEMT, H.: *Filosófía del Estado y criterios de legitimidad,* Barcelona-Caracas, Ed. Alfa, 1983, y especialmente, DYZENHAUS, D.: *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar,* Oxford-New York, University Press, 1999.

[18] LEVI,L.: «Legitimidad», voz del *Diccionario de Política,* N.Bobbio y N.Matteucci (Dir.), t. II, Madrid, Siglo XXI editores, 1983, pág.892.

Por ello la legimitidad es un régimen democrático comporta unas reglas de juego para todos los contendientes y el presupuesto del respecto a ciertos valores fundamentales de la comunidad política, los cuales permiten constatar la existencia de un consenso básico libremente expresado por los integrantes de la comunidad de que se trate [19].

La legitimidad tiene una dimensión existencial respecto de la existencia de una unidad política determinada. En tal sentido, en el pensamiento de Schmitt, las distintas clases de legitimidad atienden al distinto sujeto titular del poder constituyente, esto es, la del monarca (legitimidad disnástica o heriditaria) y la del pueblo (legitimidad democrática o popular) [20]. La Constitución es reflejo de la decisión del sujeto que detenta el poder constituyente; es exponente de una voluntad unitaria y coherente. Prima en ella la decisión sobre la norma y sobre toda idea de pacto político-social subyacente. Este poder soberano es el que adopta la decisión existencial determinante del modo de ser de la unidad política concreta en una situación de excepción diferenciando el amigo del enemigo [21]. Es éste poder realmente existente el que establece su propia legalidad, a diferencia del positivismo formalista que tiende a identificar la legalidad con la legitimidad del poder sometido a una procedimentalización preestablecida. En la forma histórica del Estado legislativo parlamentario, reflejo de es modo de pensar, la legitimidad se convierte en legalidad [22]. La legalidad desplaza a la legitimidad, pa-

[19] FERRERO,G.: *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad,* trad. de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1991, espec..,págs.268 y sigs. y la obra clásica de KELSEN,H.: *Esencia y valor de la democracia,* trad. R.Luengo Tapia y L.Legaz Lacambra, y Estudio preliminar, «La democracia en el pensamiento de Kelsen», de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2002, *passim*. Pero también pueden citarse, más allá de las diferencias específicas, tres obras muy significativas sobre la democracia contemporánea: SARTORI,G.: *¿ Qué es la democracia?,* Madrid, Taurus, 2003; DAHL,R.A.: *La democracia y sus críticos,* Barcelona, Paidós, 2000, y PETTIT,PH.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Paidós, 1999.

[20] Véase SCHMITT, C.: «Clausewitz como pensador político o el honor de Prusia», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 163 (1969), pág. 7.

[21] Heller critica la definición de la Constitución como decisión del poder constituyente, afirmando una noción de la Constitución basada en la normatividad históricamente cambiante de una sociedad que formaliza jurídicamente un poder de decisión conformador de su existencia como unidad política, de manera que esa normatividad del poder no neutraliza lo político sino que más bien lo *somete a un proceso de racionalización de su ejercicio, de su práctica*. Véase HELLER, H.: *Teoría de la Constitución,* Estudio Preliminar de J. L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2004.

[22] Coincidiendo con Otto Kirchheimer entiende que la legitimidad de la democracia parlamentaria consiste únicamente en su legalidad. Cfr. SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, pág. 8. No obstante, la posición de Kirchheimer es algo más matizada.

sando a un segundo plano el problema del origen del poder y la limitación material del sistema de legalidad formal. Pero en la crisis del sistema de Estado legislativo liberal con el advenimiento de la democracia de masas y el Estado administrativo ese esquema legalista es puesto en cuestión, porque este modelo de Estado administrativo no se puede basar en una identificación de la Ley formal con el Derecho, como muestra la misma proliferación de la regulación normativa emanada del poder ejecutivo-administrativo y el cambio de la función de la Ley en la sociedad moderna [23]. Cambia la función de la ley pero también la misma ley tiende a ser operativamente sustituida por la «medida» emanada del Estado administrativo: «la medida del Estado administrativo —afirma Schmitt— suplanta la ley del Estado legislativo parlamentario» [24]. El Estado burocrático-administrativo, como «Estado total», desplaza al Estado legislativo parlamentario. Para Schmitt, el Estado totalitario, con su inevitable tendencia hacia un «plan» es por naturaleza un Estado administrativo [25]. El «Estado total» [26] es un estado conformador de lo económico y de lo social en atención situaciones siempre cambiantes, en contraposición a la forma de Estado liberal formalmente «neutral».

2. **La posición de Carl Schmitt en las crisis de la democracia de la República de Weimar**

Esta forma emergente de Estado en la crisis de Weimar se combinará con la afirmación autoritaria de la unidad política del pueblo con el Estado en el régimen nazi en la forma de pensamiento de los «órdenes concretos» (orden previo con substrato espacial) comprensivo del ámbito de lo jurídico (norma) y lo político (decisión) [27]. Es así que, afirma, «el Estado tiene el orden dentro de sí mismo, no fuera» [28]. El poder político se legitima por su capacidad de mantener y renovar ese orden previo interpretando el sentir del

[23] Véase el ensayo clásico de NEUMANN, F.: «El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna», en *El Estado democrático y el Estado autoritario,* Buenos Aires, Paidós, 1957.

[24] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, págs. 66 y sigs.

[25] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad,* de la presente edición, cit., págs. 4-5..

[26] Véase SCHMITT, C.: «El giro hacia el Estado totalitario», en *Carl Schmitt, teólogo de la política,* págs. 82 a 94.

[27] Véase SCHMITT, C.: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* Madrid, Tecnos, 1996, págs. 75 a 77.

[28] Véase SCHMITT, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes,* Estudio Preliminar de J. L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2003.

pueblo, de la comunidad políticamente organizada. Para ese fin el máximo detentador del poder (el Presidente del Reich) está facultado para alterar, de modo unilateral y discrecional el Derecho vigente. Este protagonismo alcazó en el Derecho nazi a romper con toda idea de seguridad jurídica consagrando un sistema de arbitrariedad legal y de leyes válidas (formalmente) aún a pesar de su contenido arbitrario e injusto [29]. La legitimidad de su poder político se mide, según Schmitt, por su capacidad de mantener el orden y de defenderlo frente al enemigo. Lo que defiende en la última étapa de la República de Weimar es la instauración de una dictadura plebiscitaria del Presidente del Reich. Éste es el «Guardián de la Constitución», garantizando la unidad real de la voluntad estatal [30]. A ello se añade en *Legalidad y legitimidad (1932)* una crítica al dualismo contradictorio entre las dos partes de la Constitución de Weimar y la descalificación del Estado legislativo parlamentario (de pluralidad de clases y de ruptura de la homogeneidad sustancial del pueblo). En esta obra postula una reforma constitucional [31] que otorgue coherencia y resuelva las contradicciones internas de la segunda parte de la Constitución derivadas en su mayor parte de su carácter transaccional o pactado. Esta reforma conduciría a implantar una constitución sustantiva o material *autoritaria* que consagre principios y valores coherentes y excluyentes de los disconformes en el cuerpo político. Schmitt reinvindica una legitimidad político-jurídica basada en la realidad existencial de un orden previo al Derecho positivo. Cuestiona la reducción que ha efectuado el positivismo formalista respecto a la noción de legitimidad que es reconducida a la simple legalidad formal (legitimación legal racional). En relación a ello afirma una doble noción de validez: la validez formal (vinculada a la legalidad) y la validez material (vinculada a la legitimidad) [32]. El positivismo había afir-

[29] Véase la crítica al Derecho nazi, que se hace extensiva a los postulados del positivismo formalista, realizada por Radbruch, G.: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal (1946)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962. Sobre ello, puede consultarse, Monereo Pérez, J. L.: Estudio preliminar a Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* Granada, Editorial Comares, 1999.

[30] Véase la exposición de síntesis de Estévez Araujo, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar,* Barecelona, Ariel, 1989, págs. 228 y sigs.

[31] Una excelente perspectiva de conjunto sobre toda la problemática que ofrece la reforma de la Constitución puede encontrarse en Vega, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Madrid, Tecnos, 1991.

[32] Para una exposición actual sobre noción de validez y los criterios de validación del orden jurídico, véase Alexy, R.: *El concepto y la validez del derecho,* Barcelona, Editorial Gedisa, 1997; y, entre nosotros, la excelente obra de Fariñas Dulce, M.ª J.: *El problema de la validez jurídica,* Madrid, Civitas, 1991.

mado la neutralidad axiológica, desconociendo los fundamentos y las condiciones previas de un Estado hegemónico y los factores base de poder en la comunidad política. Es la legalidad la que ha de depender de la legitimidad; es ésta la que justifica el poder instituido y expresado en una legalidad formal; ambos son atributos del poder (legítimo en su origen y legal en su regulación y ejercicio). Es el poder realmente existente el que constituye la legalidad, sin eludir el problema del poder y de los valores sociales imperantes y de su legitimidad. De ahí que apueste por una legitimidad material (basada en la racionalidad material [33]) no reducida a la legalidad formal (basada, a su vez, en una racionalidad formal, que es la imperante en el Estado de Derecho liberal). La tensión entre legalidad y legitimidad no oculta la realidad del poder constituyente del Derecho: el poder constituyente. Con esta antesala teórica elaborada en «Legalidad y Legitimidad», los acontecimientos políticos darían un paso que prolongarían sus propios planteamientos al establecerse un régimen nacionalsocialista, con un Estado fuerte y totalitario expresamente encaminado a asegurar la homogeneidad sustancial autoritaria de la sociedad de masas. En este sentido la argumentación de «Legalidad y legitimidad» proporcionó buenos servicios al advenimiento del Estado nazi. El mismo se comprometería directamente con el ingreso en el partido nazi el 1 de mayo de 1933, y con la elaboración de ensayos legitimadores de su actuación autoritaria. Resulta significativo su ensayo «El Führer protege el derecho», donde afirma —legitimándolo con base a la idea la decisión política radical en una situación de excepción— que el Führer mismo crea directamente derecho como juez supremo en virtud de su liderazgo político [34].

Téngase en cuenta que Schmitt pudo señalar que todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados [35]; y pudo realizar esta afirmación desde una intensa dedica-

[33] Desde Weber la racionalidad material remite a los imperativos éticos, reglas utilitarias, máximas políticas. Véase WEBER, M.: *Sociología del Derecho,* Edición y Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, 2000. Sobre su pensamiento, puede consultarse FARIÑAS DULCE, M.ª J.: *La teoría del Derecho de Max Weber,* Madrid, Civitas, 1982; MONEREO PÉREZ, J. L.: Estudio preliminar a NIETO, A.: *El pensamiento burocrático,* Granada, Editorial Comares, 2002.

[34] Veánse los ensayos recogidos en el libro recopilatorio *Carl Schmitt, teólogo de la política,* Próogo y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, México, FCE, 2001.

[35] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975. Afirma que «todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados» (Ibid., pág. 65). Puede consultarse su obra sobre el *Catolicismo y forma política* (1923-1925), trad. y Est. prel., de C. Ruiz Miguel, Madrid, Tecnos, 2000. Esa centralidad innegable también encuentra un elemento expli-

ción y conocimiento profundo del Derecho público, especialmente del Derecho Internacional y del Derecho constitucional. En este sentido indica que la situación de excepción tiene en la Jurisprudencia análoga significación que el milagro en la Teología [36]. Sin embargo, en el plano de la historia de las ideas, Schmitt destaca un proceso de segregación que se aprecia en la teoría del Estado del siglo XIX, a saber: la eliminación de todas las nociones teístas y trascendentes y la *formación de un nuevo concepto de la legitimidad* [37]. Éste último pierde toda su evidencia, porque desde 1848, la teoría jurídica del Estado se hace positiva y suele fundar el poder en el «poder constituyente» del pueblo, de manera que la legitimidad monárquica tradicional se encuentra ya sustituida por la *legitimidad democrática* [38]. De ahí que los pensadores decisionistas contrarrevolucionarios, como Donoso Cortés, solo encontraron la salida de la dictadura [39] —no basada en la idea de legitimi-

---

cativo de carácter biográfico, vinculado con su pertenencia a una familia profundamente católica. Véase la biografía de BENDERSKY, J.: *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, 1983 (existe trad. italiana por la que se citará aquí, Bolonia, 1989), donde se realza la herencia católoca en la formación de su pensamiento político y jurídico (Ibid., Parte I, págs. 29 y sigs.). El estudio más completo desde el punto de vista de su teoría política es el realizado por GALLI, C.: *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1996, *passim*.

[36] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975, pág. 65. Por cierto que reconoce el mérito de Kelsen de haber llamado la atención desde 1920 sobre la afinidad metódica entre la Teología y la Jurisprudencia (Ibid., pág. 69).

[37] Para Schmitt la legitimidad quiere decir fórmula de la identidad y autorrepresentación moral, ideológica y filosófica de un orden estatal. Desde que existen constituciones escritas, el autor de la Constitución trata de sancionar su identidad con declaraciones solemnes, con la invocación de Dios, con fórmulas morales, ideológicas o filosóficas a las que fija en preámbulos. Cfr. SCHMITT, C.: «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», en *REP,* núm. 10. Nueva Época, (1979), pág. 7. Más ampliamente SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), *passim*.

[38] Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 114 y sigs.

[39] Es significativo que Schmitt hiciera referencia a un «filósofo de la dictadura autoritaria, el diplomático español Donoso Cortés». Cfr. SCHMITT, C.: *Catolicismo y forma política* (1923-1925), trad. y Est. prel., de C. Ruiz Miguel, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 9. Véase MAESTRE, A.: «La crítica de Donoso Cortés a la Modernidad», en *El poder en vilo. En favor de la política*, Madrid, Tecnos, 1994. Sobre el decisionismo de Donoso Cortés, donde se puede apreciar su confluencia fundamental de pensamiento con el propio de Carl Schmitt, véase el excelente estudio de BENEYTO, J. M.: *Apocalisis de la modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1993. Beneyto constata que aun cuando no pueda negarse un notorio paralelismo entre los análisis de ambos autores, sin embargo sus respectivos puntos de partida históricos y políticos, así como sus intenciones fundamentales, continúan siendo diferentes. Mientras Schmitt, a través de los diversos estadios de su pensamiento, aspira cons-

dad— que según Schmitt es la misma conclusión que alcanza Hobbes [40]. En este sentido el prestó un especial interés en el análisis de la filosofía política de la contrarrevolución (De Maistre, Bonald, Donoso Cortés) [41]. Su valoración es nítida, y de conexión de pensamiento, con esos filósofos políticos contrarrevolucionarios, ya que para él deben su significación actual a su resolución para decidirse, exaltando tanto el principio de decisión que a la postre se aniquila la idea de legitimidad que fuera su punto de partida [42].

---

cientemente a una teología/mitología política, la pugna de Donoso con la gnosis es precisamente lo que confiere su específico dramatismo a toda su personalidad. Al observar la situación histórica y política de Europa alrededor de 1848, Donoso anticipó las consecuencias de la dialéctica de la Ilustración señalando y orientándose hacia las posibilidades de una «remitificación» y de una teoría pragmática de la historia. Comprendió en sus múltiples matices las consecuencias políticas e históricas de la agonía de la Ilustración —y concretamente en el momento mismo de la realización histórica de esta agonía— y trazó puntualmente las líneas de desarrollo de las tres posibles configuraciones de la historia después de la crisis de la filosofía de la historia: *mitología* de la historia, *escatología* de la historia y/o *teoría* de la historia. No puede, pues, deformarse su pensamiento cuando simplemente se la intenta encasillar en la categoría de conservador y reaccionario o, incluso, se le coloca el rótulo de precursor del fascismo para silenciar la mayor riqueza de su pensamiento político (Ib., págs. 16-17).

[40] Véase SCHMITT, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes,* trad. de Francisco Javier Conde, y Estudio Preliminar, «El espacio de los político en Carl Schmitt» a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2004.

[41] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975, págs. 79-80. Para una valoración de síntesis de la contribución a la filosofía de la contrarrevolución, véase en la misma obra, págs. 80 y sigs. Con referencia también al romanticismo político, véase su interesante obra SCHMITT, C.: *El romanticismo político,* Buenos Aires, Universidad Nacional de quilmes ediciones, 2001. Sobre su percepción del pensamiento de Donoso Cortés, véase SCHMITT, C.: *Interpretación europea de Donoso Cortés,* 2.ª ed., trad. Á. López-Amo, Madrid, Eds. Rialp, 1963, espec., págs. 35 y sigs. La posición clásica de Donoso es expuesta en DONOSO CORTÉS, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo,* edición y Estudio preliminar, «Filosofía política de Donoso Cortés: Teología política y crisis del sistema liberal», Granada, Editorial Comares, 2006, incluye como anexo su *Discurso sobre la Dictadura* (1849).

[42] Cfr. SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975, págs. 92-93. Schmitt encuentra en Donoso Cortés un hombre cuyo espíritu de anticipación histórica le permitió comprender que a partir de 1848, acechaba un peligro común derivado de la imposibilidad de una acción conservadora solidaria en Europa. Entonces sólo existe para él un único camino de salvación: la dictadura, la cual respondía a su decisionismo, pero cuya verdadera energía radica en la esfera de un «democratismo revolucionario» y que, en un sistema de pensamientos y sentimientos conservadores, sólo penetra desde fuera como un cuerpo extraño. Cfr. SCHMITT, C.: *Interpretación europea de Donoso Cortés,* cit., págs. 118-119.

Es la soberanía, dentro de una teoría jurídica del poder, una representación del poder en el mundo moderno: la forma moderna del poder político, un poder unificado atribuido al Estado y que refleja en sí el proceso de juridización del mismo. La soberanía presupone la invocación de un *principio de legitimidad del poder,* como justificación del poder entendido como derecho de mandar [43]. El proceso de juridificación del Estado moderno y su reducción a ordenamiento jurídico-político supone una relativización del concepto de soberanía, porque se formalizan poderes constituidos y limitados, y no un poder constituyente absoluto, un poder domesticado que se manifiesta en situaciones límites cuando se produce una ruptura de la unidad y la cohesión social. En el plano de la soberanía interna, se realza su dimensión unilateral traducida en una relación de subordinación entre el soberano y sus súbditos. En el plano de la soberanía externa, la lógica del poder es algo distinta, pues frente a la decisión unilateral se realza la dimensión bilateral o multilateral de los distintos Estados implicados. De ahí que la soberanía externa o de Derecho internacional tiende a ser relativa, salvo el supuesto —no infrecuente— del ejercicio absolutista o imperialista del la misma [44].

En el caso excepcional —dice— el Estado suspende el Derecho en virtud de un *derecho de autoconservación* del orden existente, a través del reconocimiento de poderes decisorios ilimitados a una instancia soberana [45], lo cual no parece compatible con las exigencias de un moderno Estado de Derecho, sino de los Estados autoritarios [46]. *La noción de legitimidad en la que acaso se pueda basar Schmitt es el concepto de legitimidad funcional, que remite a la cualidad de la instancia política de ser capaz de garantizar la paz.* El Estado asume, pues, la función básica de asegurar la paz, como institución que existe para satisfacer necesidades sociales en un cierto estadio de desarrollo humano [47]. No le interesa la *legitimidad* a través del consentimiento, ni tampoco la legitimidad moral. Él opera más bien con la distinción problemática entre legitimidad dinástica y democrática de una Cons-

[43] Cfr. FERRERO, G.: *El poder. Los genios invisibles de la ciudad,* Madrid, Tecnos, 1998.

[44] Véase BEAUD, O.: *La Puissance de l'État,* París, PUF, 1994.

[45] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* cit.

[46] Véase KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado,* trad. de E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980. Para la concepción schmittiana del Estado de Derecho, véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución,* trad. Francisco Ayala, 1982, págs. 141 y sigs.

[47] La vinculación de ese institucionalismo schmittiano con el pensamiento de Arnold Gehlen es notoria. Véase la obra de GEHLEN, A.: *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo,* 2.ª ed., Salamanca, Eds. Sígueme, 1987, espec., «Introducción».

titución, existiendo ésta cuando el poder y la autoridad del poder constituyente (el pueblo o un monarca), en cuya decisión se basa, es *reconocida* [48]. El decisionismo encuentra una plasmación típica en su obra *Politische Theologie (Teología Política)*, donde se justifica la necesidad de una instancia política que tome decisiones extraordinarias ante situaciones de excepción por ella misma definidas, y se argumenta que el objeto político del poder soberano es básicamente la conservación del orden estatal imponiendo con competencias ilimitadas las medidas de excepción necesarias. Todo orden se basa en una decisión [49]. Esa competencia ilimitada incluso para modificar una Constitución no puede ostentarla un parlamento, ya que éste, en tanto poder constituido legitimado a través de la Constitución, no tiene la *legitimidad* para revocar la decisión del poder constituyente del pueblo en favor de esa Constitución (el poder constituyente del pueblo está por encima de la Constitución). Nótese que para Schmitt el fundamento de validez de la Constitución reside en la voluntad del poder constituyente. Lo importante aquí no es tanto la racionalidad de la elección como la capacidad de imposición de un actor político, por contraposición al relativismo liberal. De ahí a la formulación de que Derecho es lo que aprovecha al pueblo hay un sólo paso que Schmitt efectivamente dió en el plano discursivo y político: teorizando sobre el Derecho del Estado total del Führer, como expresión de un decisionismo orientado hacia la autoconservación del orden estatal frente a los enemigos internos y externos [50]. Una posición de la cual marca implícitamente las distancias oportunas en un ensayo posterior [51]. Es la consideración del Estado como una máquina de guerra.

Nótese que en el pensamiento de Carl Schmitt con la decisión política del soberano instauradora de un nuevo orden político-jurídico se acaba con

[48] Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución,* cit. Véase, al respecto, KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?,* trad. J. M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 155 y sigs.

[49] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* cit.

[50] Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución,* cit. Al respecto, puede consultarse las reflexiones críticas de KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?,* trad. J. M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 166 y sigs. Este posicionamiento más proclive al nacionalsocialismo corresponde más propiamente a una época intermedia con algunos ensayos significativos, por lo que tienen de toma de posición al respecto: «Estado, movimiento, pueblo (1933)», «El Führer protege el Derecho (1934)» y «Posiciones y conceptos (1940). Véase a la trad. it., SCHMITT, C.: *Principii politici del nazionalsocialismo,* trad. it. D. Cántimori, Firenze, 1935; *Scritti politico giuridici: 1933-1942,* selección de A. Campi, Perugia, 1983. Véase también SCHMITT, C.: «Hacia el Estado total», en *Revista de Occidente,* mayo, 1931.

[51] SCHMITT, C.: «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», en *REP,* núm. 10. Nueva Época (1979), espec., págs. 16 a 20.

la situación política, la cual, según él, es genuinamente una situación a-normal o de excepción. La importancia histórica y actual del «estado de excepción en el Derecho» obedece a la dinámica de un desarrollo que ha convertido las emergencias y crisis en elementos integradores o desintegradores de una *anómala situación intermedia* entre guerra y paz [52]. El soberano es el que decide sobre la situación de excepción, resolviendo la situación política generada implantando un orden concreto [53]. La soberanía es monopolizada por el soberano y a ella pertenece, por su propia cualidad, un poder de decisión respecto de la situación política realmente existente. Él es una suerte de transposición humana de la figura del «dios» capaz de instaurar —de «crear»— un nuevo orden: se trata de una *decisión política creadora.* Agrégese aquí que Donoso Cortés *(Discurso sobre la dictadura),* siempre tan influyente sobre Schmitt, había defendido la *legitimidad del estado de excepción* indicando que ella procede de la existencia histórica de una situación límite en la que la legislación queda suprimida [54]. Se ha señalado que «en el fondo, el decisionismo supone el rechazo del estado excepcional al declararlo estado permanente. El decisionismo pretende ser Ilustración elevada a la máxima potencia en virtud de la negación de la Ilustración; escatología de la historia que pretende seguir siendo historia en el límite. En el caso extremo la historia se hace contenido». De este modo, «la salvación de la sociedad por la acción de la dictadura ha de entenderse desde el punto de vista de una específica antítesis de acción y reacción» [55]. Al tiempo no es posible comprender el pensamiento de Donoso Cortés sin encuadrarle en su ambiente romántico, el cual predomina la forma sobre el fondo, el sentimiento sobre el raciocinio, la impresión inmediata sobre las abstracciones filosóficas, la ampulosidad oratoria sobre el análisis frío y disecador de los hechos escuetos [56].

[52] SCHMITT, C.: «Advertencia preliminar a la cuarta edición» (1978) de su obra SCHMITT, C.: *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria,* trad. de J. Díaz García, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 11.

[53] Véase SCHMITT, C.: «Teología política», en *Estudios políticos,* Madrid, Doncel, 1975.

[54] Véase, al respecto, BENEYTO, J. M.: *Apocalisis de la modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés,* Barcelona, Ed. Gedisa, 1993, I Parte, cap. 3 («Conservadurismo y estado de excepción«) y II Parte («Decisionismo: La dictadura como ilustración consumada«), cap. 7 («La decisión desde arriba como respuesta«).

[55] BENEYTO, J. M.: *Apocalisis de la modernidad,* cit., págs. 135-136.

[56] Cfr. FRAILE, G.: *Historia de la Filosofía Española,* vol. II., Madrid, BAC, 1972, pág. 101. Significativamente Schmitt concedió una especial atención al romanticismo político, véase SCHMITT, C.: *Politische Romantik,* Berlín, Duncker & Humblot, 3.ª ed., 1968 (*Romanticismo político, cit.*).

Los poderes excepcionales que ostenta el soberano para resolver la situación de excepción y la instauración de un nuevo orden «constitucional» le asemejan a la figura técnica del dictador [57]. Sin embargo, con la actualización de su poder de conformación, el soberano da nacimiento a un nuevo orden jurídico y político, dentro del cual se inserta su soberanía en cuanto representación formal del pueblo. *Pero la inserción de la soberanía en el nuevo orden creado no resuelve en sí el problema de la legitimidad del poder soberano en el origen*. Parece que Schmitt se vence hacia la concepción de Bodino [58], y cree encontrar el fundamento de la legitimidad en el poder fáctico del soberano, siendo así que quien ostenta el poder efectivo de resolver una situación de excepción adquiere la condición de soberano legítimo por derecho propio. Según Schmitt, la legitimidad del soberano, del Estado soberano, no reside en la mera legalidad (esta no es la causa de la legitimidad, sino tan sólo su forma necesaria) [59], sino en el poder realmente ostentado de decir, bien en términos de *potestas o auctoritas spiritualis*.

Según Schmitt, la representación es fundamentalmente personificación, visibilidad y presencia de una unidad política concreta. La representación política es mediación del pueblo y exponente de la unidad política. La representación política tiene lugar en la esfera pública, como ejercicio del po-

[57] La noción técnica de dictadura soberana es caracterizada conceptual e históricamente por SCHMITT, C.: *La dictadura*, Madrid, Tecnos, 2002, caps. 4 y 6, espec. En este plano discurso son llamativas no sólo las concomitancias con pensadores como Bodino y Hobbes, sino también con la filosofía política de Maquiavelo (Ibid., pags. 36 y sigs., y 66 y sigs.). Al respecto son sugerentes las aportaciones de STRAUSS, L.: *Mediatación sobre Maquiavelo* (1958), trad. C. Gutierrez de Gambra, Madrid, IEP, 1964.

[58] Para el estudio del pensamiento de Bodino puede consultarse la monografía de CONDE, F. J.: *El pensamiento político de Bodino (1935), en Escritos y fragmentos políticos*, vol. I., Madrid, IEP, 1974, págs. 17 a 115., en particular respecto de la soberanía, cap. V, págs. 89 y sigs.

[59] Según Schmitt la legalidad quiere decir fórmula de obediencia y disciplina. Su fin y objeto es una posibilidad de obligar a la obediencia (Max Weber). Es el modo de funcionamiento de cualquier burocracia desarrollada, sea de un Estado moderno o de una moderna industria privada. Cfr. SCHMITT, C.: «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», en *REP*, núm. 10. Nueva Época, (1979), pág. 6. Más ampliamente SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), trad. J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971. Para él la legalidad ya no es más que un modo de funcionamiento de la burocracia estatal, la cual, naturalmente, ha de atenerse a las disposciones que son dictadas por el centro de mando competente. En este sentido SCHMITT, C.: *El nomos de la tierra*, edición y Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2002, pág. 37. Sobre la controversia respecto a la dialéctica legalidad y legitimidad entre Carl Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller en la República de Weimar véase el completo estudio de DYZENHAUS, D.: *Legality and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, en particular sobre Schmitt, pags. 38 y sigs.

der de la colectividad considerada como una unidad, y no simplemente como un conjunto heterogéneo de votantes. La *legitimidad* de la representación atiende a un criterio de eficacia, porque depende de su virtualidad para mediar la decisión del pueblo. Hace notar que la representación no es un fenómeno de carácter normativo, no es un procedimiento, sino algo existencial. Representar es hacer perceptible y actualizar un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública [60]. La mediación se produce mediante la decisión política sobre el modo de existencia de un pueblo. Hasta tal punto es así que el Estado es para él la «situación de un pueblo»; formaliza la vida de un pueblo. Al menos en el período 1932-1933 Schmitt entendía que la Constitución conocía unos principios fundamentales, que pertenecen esencialmente al sistema constitucional inalterable desde la instancia que esté en posición legal del poder, y que supondría reconocer poderes para eliminar la propia base constitutiva de la legalidad, y menos todavía un pretendido medio legítimo para destruir su *legitimidad* [61]. Para Schmitt el sistema parlamentario desnaturaliza la representación del pueblo, el cual se vería sustituido -en opinión de Schmitt- por elemento cuantitativo derivado del juego del principio de la mayoría [62]. En opinión de Schmitt el parlamento moderno sólo es capaz de reflejar la fragmentación de intereses, sin ser ya la representación de la unidad política del pueblo [63]. Para él la situación del parlamentarismo [64] (típica forma de organización política del liberalismo) es

[60] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución* (1928), cit., pág. 209.

[61] Cfr. SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), de la presente edición. Para Schmitt «la superlegalidad se concibe como una noción específicamente jurídico-constitucional. Sin embargo, se presta fácilmente a aplicaciones polémicas y a un empleo con intención política ... La legitimidad parece entonces como una especie de legalidad superior y se transforma también en un método de forzar la obediencia. El liberal Hauriou quería evitar precisamente esto. Si se instituye un Tribunal constitucional como suprema instancia normativista en una jerarquía de normas y «valores», entonces este Tribunal constitucional institucionalizado se convierte en «supremo legislador«; un término que ya ha aparecido en la discusión«. Cfr. SCHMITT, C.: «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», en *REP*, núm. 10. Nueva Época, (1979), pág. 9.

[62] En esto coincide con JÜNGER, E.: *El Trabajador. Dominio y figura,* trad. de A. Sánchez Pascual, Barcelona, Tusquets Editores, 1993, pág. 39, donde señala que «un pueblo es más que aquello que puede expresarse por el resultado de un censo de población o por una suma de votos políticos».

[63] Véase SCHMITT, C.: *Sobre el Parlamentarismo,* Est. Prel., de M. Aragón, Tecnos, 1990, espec., «Prefacio», págs. 3 y sigs.

[64] Para la concepción schmittiana del «parlamentarismo», véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 294 y sigs. Para él el sistema parlamentario no es una consecuencia, una aplicación del principio democrático de la identidad, sino que es la forma del Gobierno propia de una Constitución moderna del Estado de Derecho. E incluso, según su opi-

hoy (1926) tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía [65]. En este régimen la «ley» es tan sólo la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento. Para él «el Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, sólo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de *chance* para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia». Al tiempo, concluye, «la mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo» [66]. En esto el paralelismo con Donoso Cortés es evidente, porque éste había realizado una crítica análoga al parlamentarismo, indicando el parlamento es un lugar de discusión donde se traslada la guerra desde el campo de batalla a la tribuna pública; y donde los «pueblos discutidores» acaban por caer en manos de dictaduras terribles [67].

---

nión, descansa en un aprovechamiento y mezcla de elementos políticos distintos y contrapuestos (Ib., pág. 295). Afirma, por otra parte, el contraste entre Liberalismo y Democracia, como contraste de los principios del Estado burgués de Derecho frente a las consecuencias de un principio político-formal (Ib., pág. 298).

[65] SCHMITT, C.: *Sobre el Parlamentarismo*, cit., pág. 9, del Prefacio de 1926. En otro lugar significativamente había indicado a propósito de la reflexión sobre el pensamiento de Donoso Cortés que según éste «pertenece a la esencia del liberalismo burgués el *no decidirse* en esa lucha, y, en lugar de ello, tratar de entablar una *discusión*. Define incluso a la burguesía abiertamente como «clase discutidora«. Mas de esta suerte queda juzgada, pues ello implica que quiere esquivar la decisión. Una clase que traslada toda actividad política al plano de la discusión, en la Prensa y en el Parlamento, no es capaz de hacer frente a una época de luchas sociales. Por doquier se advierten la inseguridad e insuficiencia internas de esta burguesía liberal de la monarquía de julio (...) la burguesía liberal quiere un Dios, pero que no pueda mostrarse activo, quiere un soberano, pero carente de poderes; exige libertad e igualdad y, sin embargo, pide la limitación del derecho de sufragio a las clases acomodadas para asegurar a la cultura y a la propiedad la necesaria influencia sobre el poder legislativo, como si la cultura y la riqueza diesen derecho a oprimir a hombres pobres incultos. Suprime la aristocracia de sangre y de familia y, sin embargo, tolera el insolente dominio de la plutocracia, la forma más necia y ordinaria de aristocracia; no quiere la soberanía del rey ni la del pueblo. Qué es, pues, lo que en el fondo pretende«. Cfr. SCHMITT, C.: *Interpretación europea de Donoso Cortés*, 2.ª ed., trad. Á. López-Amo, Madrid, Eds. Rialp, 1963, págs. 82-83.

[66] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), de la presente edición.

[67] DONOSO CORTÉS, J.: *Obras completas*, vol. II, ed., de C. Valverde, Madrid, BAC, 1970, págs. 777 y sigs. Por lo que ante la incapacidad de decisión del parlamento pluralista considera necesario establecer un régimen dictatorial que establezca una decisión soberana, acabando así con toda la ilusión del racionalismo ilustrado.

Por otra parte, según Schmitt la Constitución de Weimar era indecisoria, existían dos Constitucines dentro del mismo documento constitucional. En efecto, como hace notar, la Constitución de Weimar está literalmente escindida entre la neutralidad axiológica de su primera parte y la abundancia de valores de su segunda parte; además, la dificultad se hace aún mayor y más insoluble, porque en la segunda parte, junto a fijaciones efectivamente «positivas» y «actuales» de valores, se establecen también objetivos dotados de contenido, que todavía no son positivos ni actuales, pero que, sin embargo, deben ser positivables y actualizables, mediante la legislación, la Administración y la práctica jurídica [68].

En su opinión el Estado de Derecho constitucional parlamentario constituye una forma de gobierno esencialmente inadecuada para la moderna sociedad de masas. Schmitt rechaza la discusión argumentativa —que es connatural a la democracia parlamentaria— y entiende que ésta es básicamente dilatoria desde el punto de vista decisorio. En el parlamento contemporáneo no existe, por lo demás, auténtica discusión, porque las posiciones están ya casi siempre preestablecidas en cada partido o grupo parlamentario [69], de

[68] Véase SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*_(1932), cit. El problema se plantea porque la segunda parte de la Constitución «merece ser liberado de contradicciones internas y de vicios de compromisos y ser desarrollado de acuerdo con su lógica interna. Si se logra esto, está salvada la idea de una obra constitucional alemana. En caso contrario, pronto se acabará con las ficciones de un funcionalismo mayoritario, que permanece neutral ante los valores y ante la verdad. Entonces la verdad se vengará» (Ib., pág. 154). Véase también su reflexión de más largo alcance sobre los valores y la pretensión originaria de haber encontrado su objetivación, SCHMITT, C.: «La tiranía de los valores», en *REP*, núm. 115 (1961), págs. 65 y sigs. En la «Nota final» en la que observa que: «En el año 1920 era aún posible, de buena fe y con las intenciones más humanitarias, pedir la destrucción de vida sin valor vital y determinar su forma y su medida. No se había llegado todavía a la consciencia de la lógica específica de los valores. El entusiasmo de haber encontrado por fin valores objetivos estaba aún sin quebrantar. El «reverso falta» estaba velado. Hoy día, un jurista que se refiera a valores y sinvalores debe saber lo que hace. Podemos comprender históricamente el entusiasmo de Ortega del año 1923, porque conocemos el origen que tuvo la filosofía de valores en la crisis nihilista del siglo XI; pero ya no podemos compartirlo, porque hicimos la experiencia de que tampoco la pretensión de valores objetivos puede superar esta crisis. Por el contrario, la lógica del valor, que siempre es, al mismo tiempo, una lógica del sinvalor, condujo a una exacerbación enorme y amenaza con intensificar aún la problemática del siglo atómico» (Ib., pág. 79).

[69] En esa dirección arguye que la actividad parlamentaria está presidida por el egoísmo: «El parlamento —afirma— es ante todo el lugar el lugar en que el egoísmo de partido, en virtud de una ficción de la idea o en una sutileza de la institución, puede ser transformado en medio para crear una voluntad ultraegoísta, ultrapartidista«. Cfr. SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución,* trad. M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 149.

manera que los resultados en la votación no se ven influidos por las deliberaciones parlamentarias. Schmitt hace referencia de diálogos y compromisos finjidos o simulados. Para él en parlamento -con estructura pluripartidista y reproductor de la fragmentación de la sociedad- ya no se encuentra en condiciones de poder representar la unidad política ni tampoco de implantar de un modo más adecuado la identidad de gobernantes y gobernados, por lo que no encuentra razón para su subsistencia [70].

Al calor de los debates de Weimar vinculará la soberanía con la capacidad de decisión sobre la situación de excepción y, por consiguiente, sobre el *mantenimiento del orden como el fundamento esencial de la legitimidad del poder político* [71]. Como se ha indicado, para Schmitt, soberano es quien decide sobre la situación de excepción, entendida como una situación de peligro para la existencia del Estado como unidad política soberana. Una situación caracterizada por el hecho de que el ordenamiento jurídico se muestra insuficiente para afrontar dicha situación excepcional [72]. En un mundo en permanente transformación las situaciones se hacen cada vez más imprevisibles al propio tiempo que se incrementan las dificultades de fundamentación del orden político [73]. Para Schmitt la decisión cons-

[70] Sobre las carencias de la argumentación schmittiana respecto al parlamento y la representación política, véase KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?,* trad. J. M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 94 y sigs. La crítica la estructura en trés puntos: a) no existe ninguna disyunción conceptual entre representación de acuerdo con el derecho público y representación de acuerdo con el derecho privado; b) la representación no es ningún «principio monárquico«; y c) el trabajo en comisiones no contradice la representación. Debe tenerse en cuenta el marco constitucional sobre el cual operaba la democracia parlamentaria de Weimar, caracterizado por Schmitt como una Constitución indicisoria y por Kirchheimer como una «Constitución sin decisión». Sobre la posición schmittiana sobre el carácter compromisorio de la Constitución de Weimar, véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución,* cit., págs. 52 y sigs. Sobre la posición de Kirchheimer, véase COLOM GONZÁLEZ, F.: *La dos caras del Leviatán*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1992, págs. 107 y sigs., y MONEREO PÉREZ, J. L.: «Estado y Democracia en Otto Kirchheimer», Est. prel., a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

[71] Para la posición de Schmitt en la crisis de Weimar, puede consultarse la excelente investigación de ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, págs. 173 y sigs. Veáse el estudio de HOFMANN, H.: *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, ed. it., a cargo de R. Miccù, Nápoles, ESI, 1999.

[72] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975.

[73] Véase PORTINARO, P. P.: *La crisi dello ius publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milán, Edizioni di Comunità, 1982, pág. 89. Ello enlazaría no sólo con el pensamiento romántico sobre la imprevisibilidad y las dificultades de fundamentación del orden, sino que también se vincularía ahora a la llamada «sociedad del riesgo» en el sentido formulado por Urik Beck. Cfr. BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

tituye el fundamento de validez del ordenamiento jurídico [74]. Es la decisión la que permite garantizar el orden: todo orden político descansa en una decisión previa. La *legitimidad de esa decisión del soberano, su validez jurídica, deriva precisamente su poder real o fáctico para definir la situación de excepción y para crear y garantizar el orden que hace frente a la misma* [75].

La dictadura soberana permite, según Schmitt, que se adopte la decisión por quién en el sistema establecido ostenta un poder real para hacerlo [76]. Esto condujo a Schmitt, hombre histórico, a postular la concentración del poder decisorio, primero, como dictadura comisarial (es decir, una dictadura que, a diferencia de la soberana, tenga el objetivo de conservar el sistema existente) en manos del presidente de la República de Weimar en un ámbito propicio a la revolución y, después, como dictadura plebiscitaria sustitutiva del régimen de democracia parlamentaria [77]; dictadura plebiscitaria que para él sería entonces una dictadura soberana capaz de destruir el Estado y la Constitución de Weimar para garantizar el orden establecido [78]. Schmitt consideradaba que sólo un Estado fuerte es capaz de afrontar la situación: la razón de ser del Estado totalitario» actual o, más exactamente, de la politización total de toda la existencia humana, hay que buscarla en la democracia, y que para emprender la necesaria despolitización [79] y librarse del

[74] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos,* trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975.

[75] SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, trad. D. J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975.

[76] Véase, ampliamente, la obra —por momento lúcida— de SCHMITT, C.: *La dictadura,* cit.

[77] Veánse las atinadas reflexiones en este punto de ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal,* cit., págs. 194 y sigs. y págs. 207 y sigs. Véase igualmente la reflexión crítica de KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?,* cit., págs. 79 y sigs. («La dictadura como verdadera democracia«). Véase, en la perspectiva biográfica, BENDERSKY, J. W.: *Carl Schmitt teorico del Reich,* trad. it., e Introcción de M. Ghelardi, Bolonia, Il Mulino, 1989, cap. IV («Parlamentarismo y control del poder presidencial«) y cap. VII («La controversia sobre el Gobierno presidencial«).

[78] Véase SCHMITT, C.: *La dictadura*, cit.

[79] Nótese que para Schmitt es una característica constitutiva de la modernidad la «despolitización«. El sentido de esta despolitización es la tendencia hacia la neutralización, esto es, el intento de adquirir un fundamento de seguridad, evidencia, entendimiento y paz posible a cualquier precio. Si se pretende el entendimiento a cualquier precio, no habrá otro modo a seguir, sino deshacer por completo el de la pregunta por lo justo e interesarse únicamente por los medios. Es comprensible que la Europea moderna, luego de haberse librado de la lucha por la justa, esté de camino hacia un territorio *de por sí* neutral y llegado, finalmente, a la fe en la técnica; en la creencia de que se ha encontrado en esta el territorio definitiva y absolutamente neutral y objetividad en el tratamiento de los problemas. No obstan-

Estado totalitario se necesita una autoridad estable que sea capaz de restablecer esferas y dominios para una vida libre. Pero el motivo más fuerte de esas tendencias hacia la *auctoritas,* desde el punto de vista teórico-constitucional, está en la situación misma y emana directamente del hecho de que la *legitimidad plebiscitaria* es actualmente el único sistema de justificación reconocido que queda. La *legitimidad plebiscitaria* precisa de un gobierno o de cualquier otra instancia autoritaria en la que pueda tenerse confianza de que planteará correctamente la pregunta correcta y de que no abusará del gran poder que emana del proceso plebiscitario [80]. Schmitt reclamaba todo el poder para el Presidente, como único poder neutro e intermediador auténtico, que debía de concentrar en sus manos el poder legislativo y el ejecutivo ante una situación de excepción. Tras ello subyacía el decisionismo schmittiano orientado a pedir acción en lugar de deliberación, decisión en vez de valoración [81]. Todo ello alentaba que todos los poderes se concentrasen en manos del Presidente. En un sentido distinto Kirchheimer entendía que el Presidente del Reich no debería ostentar facultades legislativas al margen de los procedimientos propios de la democracia parlamentaria; porque de ser así se estaría vulnerando la necesaria separación de poderes en favor del poder ejecutivo y la implantación de un *principio de legitimidad situado al margen del sistema de legalidad democrática, y más propio de una legitimidad material, en base a criterios de «justicia» apreciada de modo unilateral y que asimismo fundaría decisiones de carácter discrecional* [82].

---

te, Schmitt reprocha que la neutralidad de la técnica es más aparente que real, toda vez que ella es siempre y únicamente, instrumento y arma, y, precisamente porque sirve a todos, *no* es neutral. El contrasentido es que si el hombre renuncia a la pregunta sobre lo que sea justo, acaba por renunciar a ser hombre. Véase la exposición de STRAUSS, L.: «Apuntaciones sobre sobre *El concepto de lo político* de Carl Schmitt», en *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política,* Valencia, Eds. Alfons El Magnànim, 1996, págs. 50-51.

[80] SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), cit. Véase también JÜNGER, E.: *L' Etat universel,* París, Gallimard, 1962

[81] NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el Nacional-socialismo* (1942), México, FCE, 1983, pág. 65.

[82] Cfr. KIRCHHEIMER, O.: «Legalität und Legitimität» (1932), reproducido en *Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat,* Frankfurt, 1967, págs. 7 y sigs. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L.: Est. prel., a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política,* Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001. Para la orientación del Estado totalitario hacia un régimen manifiestamente anti-democrático en la experiencia histórica de la República de Weimar, véase NEUMANN, F.: *Behemoth* (1942), cit., págs. 61 y sigs.

INTRODUCCIÓN

El sistema de legalidad del Estado legislativo comparado con el de otros Estados (jurisdiccional, gubernativo y administrativo)

Si se comienza esta explicación sobre la «legalidad» y la «legitimidad» hablando de la posición inestable del actual Estado de Alemania y su Constitución político-jurídica marcada a raíz del «colapso del Estado legislativo parlamentario», hay que decir que se utiliza esta fórmula sólo de manera resumida, breve y característico de la ciencia del Derecho. Las presunciones y pronósticos optimistas o pesimistas no interesan aquí, como tampoco se debería hablar de crisis, sean éstas biológicas, médicas o económicas, crisis de post-guerra, de confianza, de restablecimiento, de pubertad, de crecimiento o de otro tipo. Para comprender la problemática global del actual concepto de legalidad, del Estado legislativo parlamentario sujeto a la misma y del iuspositivismo de ante-guerra, correctamente entendido, es necesario establecer definiciones político-jurídicas que no pierdan de vista ninguna de las presentes situaciones políticas internas, puramente estatales.

Por «Estado legislativo» se entiende aquí un cierto tipo de comunidad política cuya peculiaridad consiste en que ve la plasmación máxima y decisiva de su voluntad en un conjunto de normas que pretenden ser Derecho y que por eso requieren unas determinadas cualidades y, por lo mismo, el resto de funciones, competencias y asuntos públicos. Lo que se ha entendido por «Estado de Derecho» en los Estados europeos continentales desde el siglo XIX sólo era, en realidad, un Estado legislativo, esto es, un Estado legislativo parlamentario. El Estado coloca en una posición ventajosa y central al

Parlamento por constituir el «cuerpo legislativo» que dispone la normativa con toda la majestuosidad del legislador, del «législateur».

Un Estado legislativo es un ente de normas impersonales (por consiguiente, generales), predeterminadas (es decir, concebidas para su duración) y de contenido apreciable y controlado, en el que la ley y su aplicación, el legislador y el poder público que aplica la ley, están separados. En este Estado «imperan las leyes», no los hombres, las autoridades o los dirigentes. Con más exactitud: esas leyes no imperan, rigen solamente como normas. No hay en absoluto ni dominio ni mero poder. Quien ejerce el poder y el dominio, obra «en base a la ley» o «en nombre de la ley». Se limita a invocar de forma competente una norma válida. Una instancia legislativa hace las leyes, pero ésta no rige ni tampoco dispone ni aplica esas leyes, sino que tan sólo elabora normas válidas en nombre y bajo sometimiento a las autoridades que las aplican y que tienen que ejercer el poder estatal. La realización práctica del Estado legislativo siempre va a parar a la separación de la ley y su aplicación, del legislativo y el ejecutivo. Ésta no es una escisión teórica imaginada o de fundamento únicamente psicológico contra el antojo de poder de los hombres; es el principio fundamental inmediato, necesario y constructivo del Estado legislativo en el que deben contar no los hombres ni los que gobiernan, sino las normas. El sentido último y principal del «principio fundamental de legalidad» de la vida estatal descansa en que, al fin y al cabo, no se domina ni se dicta nada en absoluto, porque únicamente se pueden invocar las normas válidas de manera impersonal. La justificación del ente estatal se basa en la legalidad general de todo ejercicio de poder estatal. Un sistema de legalidad cerrado establece el deber de obediencia y descarta cualquier derecho de resistencia. La forma específica en que se manifiesta el Derecho es aquí la ley, y la justificación específica de la coacción estatal la legalidad.

Hay otras comunidades, en las que la voluntad política decisoria se manifiesta en otras formas y mediante otros procedimientos. Hay Estados jurisdiccionales en los que la última palabra la tiene el juez al resolver un conflicto, en vez del legislador creador de las normas; existen también otras estructuras políticas, los Estados gubernativos o administrativos en los que, como indica la misma expresión, la úl-

tima decisión se expresa para casos concretos a través de los cuales se manifiesta la última instancia, la «dernier ressort». La expresión típica del Estado jurisdiccional es la decisión de casos concretos, en la que el Derecho justo, la justicia y la razón se revelan inmediatamente, sin la mediación de normas generales fijadas de antemano y, en consecuencia, sin caer en el normativismo de la mera legalidad. La expresión típica del Estado legislativo es la constitución anticipada de normas de contenido apreciable y determinable, duraderas y generales, donde la decisión judicial parece una mera aplicación de las mismas de igual manera que, en general, toda la vida estatal tiene que ser abarcada por un sistema de legalidad cerrado subsumido a los hechos. El Estado jurisdiccional se parece más a un «Estado de Derecho» en cuanto que el juez dicta derecho de forma directa, incluso contra las leyes del legislador. En el polo opuesto del Estado legislativo está el Estado gubernativo, cuya expresión característica se encuentra en la voluntad personal soberana y el mando autoritario del jefe de Estado gobernante. Todavía se puede concebir otro tipo de Estado en el que el mando y la voluntad no se manifiestan de manera autoritaria y personal y, con todo, no son meras aplicaciones de normas supremas, sino sólo ordenanzas objetivas: el Estado administrativo en el que ni los hombres gobiernan, ni las normas rigen soberanamente, sino que vale la célebre fórmula «las cosas se administran por sí mismas». Aunque sea una utopía, es concebible un Estado administrativo cuya expresión específica es la conveniencia de medidas fundadas simplemente en atención al estado de las cosas, la situación concreta y desde puntos de vistas objetivos y prácticos.

A decir verdad, en la realidad histórica se producen continuamente conexiones y composiciones, porque a cada comunidad política pertenecen tanto la legislación como la jurisdicción, el gobierno y la Administración. En todos los Estados no sólo se ordena y se manda siempre, sino que también se establecen normas legalmente y se administran medidas que facilitan el comercio. A raíz de lo dicho por Richard Thoma (*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, p. 127), se podría incluso descubrir en todo proceso estatal específico tanto un elemento de legislación como de Administración y de

decisión gubernativa. Sobre todo en el soberano todos esos elementos y fenómenos se enlazan: el soberano es el legislador supremo, el gobernador supremo y al mismo tiempo el jefe supremo, la fuente última de legalidad y el fundamento último de legitimidad. En los Estados débiles un gobierno legítimo gustará de los resultados de la legalidad de las resoluciones adoptadas por el cuerpo legislativo; un Estado administrativo se sirve de la Justicia para ratificar sus medidas políticas, etc. Sin embargo, la mayoría de las veces es reconocible, sin más, donde descansa el centro de las voluntades decisorias y en cuál de entre las diversas posibilidades está la existencia normal y de promedio, qué clase de voluntad suprema determina de manera fundamental y decisiva el tipo de comunidad en el momento decisorio. Sin duda, es posible también una suspensión, una yuxtaposición o una confusión de la justicia suprema, el gobierno supremo, la normativa suprema y la Administración suprema; quizás en periodos temporales de transición sea posible incluso el equilibrio afortunado entre los distintos poderes que son independientes unos de otros.

La distinción entre el Estado legislativo con su sistema de legalidad cerrado y los que se basan en la legitimación según la cual se pueden diferenciar los Estados jurisdiccionales, gubernativos y administrativos, me parece más fructífera para el conocimiento de la situación estatal actual que otras realizadas en épocas pasadas, como por ejemplo, las antítesis entre señorío y cooperativa, autoridad y libertad, Estado de Derecho y Dictadura, etc. Tampoco puede emplearse aquí la tradicional distinción tripartita entre Monarquía, Aristocracia y Democracia. No es que la teoría aristotélica sea anticuada y haya sido superada. Pero hoy la ficción normativa de un sistema de legalidad cerrado se opone de forma llamativa e ineluctante a la legitimidad de una voluntad existente, crucial y legítima. Ésta es hoy la oposición decisiva, no la realizada entre Monarquía, Aristocracia, Oligarquía o Democracia que, generalmente, ofusca y confunde. Además, nuestro ente estatal se halla en un proceso de mutación característico del momento actual, y el «giro hacía un Estado totalitario» con su inevitable tendencia hacía un «plan» (en vez de hacía la «libertad», como hace cien años) se manifiesta hoy típicamente como un viraje hacía el Estado administrativo. El Estado totalitario

es por naturaleza un Estado administrativo, por más que se sirva de la justicia-penal, civil y disciplinar o administrativa o constitucional-, ya sea como instrumento o como correctivo. Además, actualmente se reconoce, en general, que es imposible que un «Estado de economía» en particular funcione como Estado legislativo parlamentario y que éste deba convertirse en un Estado administrativo. Otra cuestión es la de en qué medida la esencia de todo Estado está en la Administración. Tanto la «República» de Platón como la «Política» de Aristóteles son, como ha afirmado Lorenz von Stein, «teorías de una sociedad sin Estado y, por tanto, sin Administración». Max Weber considera un «Estado administrativo» como característica de la organización política en general. La estrecha conexión entre el Estado y la Administración aflora como un hecho patente para nuestra conciencia histórica entre los siglos XVI y XVII cuando se produce el nacimiento de las comunidades políticas, que contrastan debido a su aparato burocrático eficaz en cuanto «Estados» con una comunidad de derecho de un mero «Estado medieval custodio del Derecho» (según la acertada expresión de Fritz Kern). Por lo demás, el Estado legislativo parlamentario con su separación de la ley y su aplicación presupone, asimismo para la aplicación de la ley, un «ejecutivo» sometido a la ley, pero con todo independiente y distinto a ella. No obstante, esto depende del sistema de justificación específico que el aparato legal administrativo adopte, que en los siglos XVII y XVIII era el de legitimidad dinástica del príncipe absoluto.

En periodos de concepciones jurídicas estables y propiedad consolidada imperará el Estado jurisdiccional y una Justicia separada del Estado como custodiadora y preservadora del Derecho, distinta de las decisiones estatales que están precedidas y subordinadas al mismo, y que toma las decisiones últimas. Por lo demás, difícilmente puede hablarse de un «Estado» en tal comunidad, porque el lugar del grupo político está conculcado, al menos en la ficción, por una comunidad jurídica apolítica. En tiempos de grandes cambios o movimientos, aparece un Estado gubernativo o administrativo, o también, según el tipo o la duración de la transformación, un Estado legislativo parlamentario cuya normativa parece facilitar la mejor adaptación legal al desarrollo de las circunstancias y la alianza entre el

progreso y la seguridad jurídica. Así, los distintos tipos de Estado se adecuan a las diferentes tendencias políticas internas. En general, se puede decir que el Estado jurisdiccional, respetuoso y seguidor de su jurisprudencia, es el medio apropiado para la conservación del *status quo* social y de los derechos adquiridos, conforme a la frecuente tendencia conservadora identificada en toda la jurisprudencia. La corrupta degeneración (en el debido sentido aristotélico) de este Estado cuya *ratio essendi* es la seguridad de los derechos adquiridos lo define el conocido dicho: «Todo es beneficio y nada vive ya» (*Alles is Pfründe, und es lebt nicht mehr*). El Estado gubernativo como el Estado administrativo son los más apropiados como instrumentos de cambio radicales, ya sean revolucionarios, ya sean reaccionarios, ya para plasmaciones completas, planificadas y calculadas de amplias miras. El Estado legislativo parlamentario es el típico vehículo de una era reformista-revisionista y evolucionista con programas de partido establecidos, que busca materializar el «progreso» a través de leyes justas en la dirección de un legal-parlamentarismo.

El *ethos* del Estado jurisdiccional se basa en que el juez dicta sentencia directamente en nombre del Derecho y la Justicia, sin que las normas de esta justicia sean intervenidas o impuestas por otros poderes políticos no judiciales. Este es el principio simple y obvio, mientras el Derecho y la Justicia tengan un contenido unívoco sin la intervención de las normas y no sean sólo instrumentos del poder (y de la propiedad). El Estado gubernativo tiene un menor *ethos* y un mayor *pathos*. Su principio está en el gobierno de los príncipes absolutos de los siglos XVII y XVIII, o mejor en el catálogo de los títulos representativos y visibles de esos príncipes, cuyo entorno personal los reviste con nociones como *majestad, splendor, excelllentia, eminentia, honor* y *honneur*. Ese es el gran *pathos* de *gloire* y *honneur* del que no pudo prescindir ni siquiera el Estado administrativo de Friederich Wilhelms I y Friedrichts El Grande. A éste hecho del siglo XVII se opone como concepto polémico contra al *honneur*, la *vertu* repúblico-democrática y las cualidades representativas de aquélla para descalificar la representación misma como mero «teatro», contraponiendo a la representación del príncipe y su Corte la presencia democrática del pueblo homogéneo identificado con ella. Pero

junto a esto se usa también el *ethos* específico que normativiza el Derecho justo del Estado legislativo con su incorruptible e incomparable *législateur* y su siempre buena e imparcial *volonté générale*. El Estado administrativo puede invocar necesidades objetivas, el estado de las cosas, la opresión de las circunstancias, la crisis del periodo y otras justificaciones no normativas, sino de hecho. Consecuentemente, el Estado administrativo, al contrario que el Estado legislativo, encuentra su principio esencial en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta a las necesidades reales de sus medidas, de sus disposiciones y de sus ordenanzas y mandatos. Tanto el Estado gubernativo como el Estado administrativo descubren una cualidad especial en el mandato concreto, sin más cumplido y obedecido. Éstos ponen fin a los alegatos de los abogados que acompañan al Estado jurisdiccional como a las interminables discusiones del Estado legislativo parlamentario, y reconocen valor jurídico y decisorio a la disposición inmediatamente ejecutoria. Aquí vale «Lo mejor del mundo es una orden» (*Das Beste in der Welt ist ein Befehl*).

Rodolf Smend (*Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 115) piensa que el liberalismo y el parlamentarismo basado en él no tienen ningún *pathos* especial, ningún «veredicto de validez de valores» y, por consiguiente, tampoco ninguna «fuerza legitimadora especial»; y tampoco la «necesidad de procurarse ninguna legitimación en cuestión». Con todo, no se puede olvidar que el Estado legislativo parlamentario con su ideal y su sistema de legalidad cerrado ha desarrollado coherentemente, para todos los procesos estatales, un sistema de elaboración del derecho absolutamente estrafalario. La «legalidad» tiene aquí, precisamente, el sentido y el deber de hacer superflua y denegar no sólo la legalidad (tanto de los monarcas como de la voluntad plebiscitaria del pueblo), sino también la autoridad suprema que radica en ella. Cuando en este sistema nociones como «legítimo» o «autoridad» se convierten habitualmente en necesarias, eso es sólo como expresión de la legalidad y sólo derivadas de ella. De la misma manera, las expresiones de la sociología de Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Sozialökonomik*, III, 1, p. 19) se entienden: «Esta legalidad puede valer como legitimidad»; o «la forma de la legitimación más corriente hoy es la fe en la legalidad». Aquí am-

bas, legitimidad y legalidad, se reducen a un concepto común de legitimidad, mientras que la legalidad significa lo contrario que la legitimidad. Por eso, tengo por correcta la formulación de Otto Kirchheimer sobre la legalidad y la legitimidad (*Die Gesellschaft,* 1932) que dice que la legitimidad de la democracia parlamentaria «consiste únicamente en su legalidad», y hoy «frecuentemente los límites legales acaban identificándose con la legitimidad». En realidad, actualmente, el uso del lenguaje es tan amplio que concibe la legalidad como algo «sólo formal» y lo legítimo como lo opuesto. Hoy, se dice, sin incurrir en contradicción, que, por ejemplo, la disolución del *Reichtag* es «estrictamente legal», aún cuando sea un golpe de Estado, y contrariamente, que una disolución del *Reichtag* es en esencia el espíritu de la Constitución, aunque no sea legal. Tales antítesis informan sobre el desplome del sistema de legalidad que termina en un formalismo y funcionalismo artificial e irreal. Semejante final solamente se explica porque que los presupuestos esenciales y el *pathos* específico del concepto legalista de ley se han abandonado. A causa de ello, ha surgido también la ilusión de que se pueden concebir caminos y procedimientos legales para aspiraciones, objetivos e impulsos radicales y revolucionarios; de que estos podrían lograr su propósito sin violencia y sin subversión, un procedimiento que funcionase a la vez para establecer el orden, pero siendo completamente «neutral en valores».

El racionalismo específico del sistema de legalidad se commuta aquí aparentemente en su contrario. Este proceso que caracteriza de manera fundamental la situación del Estado legislativo parlamentario, se explicará detalladamente en los capítulos siguientes. Para el concepto de legalidad se ha de atender histórica y conceptualmente a la cuestión y el problema del Estado legislativo parlamentario y su específico tipo de normativismo. Éste asume la situación creada por el absolutismo de los príncipes, esto es, la supresión de todo derecho de resistencia y de un «fuerte derecho» a la obediencia absoluta; con la bendición de la legalidad a través de la que se establecen sus normas generales. El Estado jurisdiccional y el Estado administrativo permanecen en estrecha alianza con la situación concreta del momento y tienen gracias a ello una cierta presencia concreta. El Es-

tado gubernativo tiene en la persona del jefe y la dignidad del cuerpo colegiado dirigente todas las cualidades de la representación. Por el contrario, el Estado legislativo debido a su principio dominante de elaborar normas generales y predeterminadas y su distinción substancial entre ley y aplicación de la ley, entre legislativo y ejecutivo, está en una esfera completamente distinta y sufre necesariamente de cierta abstracción. Hasta que la fe en la racionalidad y la idealidad del normativismo esté viva los tiempos y en los pueblos, capaces de procurar una creencia (típicamente cartesiana) en las *idées générales*, el Estado legislativo se presentará precisamente por esta razón como algo más supremo e ideal. Mientras pueda invocar una distinción más que milenaria y alegar un *ethos* prehistórico, esto es el νόμος frente al δῆμος; la *ratio* frente a la mera *voluntas*; la inteligencia frente a la voluntad no normativa y ciega; las ideas de Derecho normado y calculado frente a la mera conveniencia de medidas y disposiciones dependientes de las necesidades cambiantes del momento; el racionalismo basado en la razón frente al pragmatismo y al emocionalismo; el idealismo y el Derecho justo frente al utilitarismo; la validez y el deber frente a la coacción y la necesidad de las circunstancias. Con esto, el Estado gubernativo representativo se presenta con su *gloire* y su *honneur* como mero Estado de poder e inmoralidad; el Estado administrativo como una dictadura sin normas ni espíritu; el medieval Estado jurisdiccional como un vehículo contra progreso de privilegios feudales o estamentales. El Estado legislativo puede advertir entonces que la fórmula patética y legitimadora «en nombre de la ley» no se transmite en ningún caso a las medidas del Estado administrativo. No hay una «igualdad ante la medida» como hay «igualdad ante la ley». Tampoco puedo sostener que el Derecho hable «en nombre de ley», «en nombre de la conveniencia» o «en nombre de la necesidad material» y tampoco «en nombre de la fuerza de coacción», para endurecer el castigo, o en general, hacen emerger la autoridad. Sería manifiestamente grotesco si se proclamaran y ejecutaran sentencias judiciales en vez de en nombre del rey, del pueblo o de la ley, en «nombre de una medida», o si se quisiera hacer que alguien prestara juramento a medidas y jurara «fidelidad a una medida».

Los funcionarios y la fuerza armada del Estado considerado sólo como aparato técnico en las manos del gobierno, no son ni la propia fuente de legalidad ni el propio fundamento de legitimidad. No podrían por sí solos sustentar el Estado administrativo que requiere de manera natural un aparato de funcionarios. La «burocracia» tiene a menudo frente a distintas formas de Estado diversas clases de neutralidad de mero instrumento técnico, que con reservas, como por ejemplo, la consideración de los «derechos adquiridos de los funcionarios», puede servir conscientemente a corrientes políticas diversas e incluso contrarias. Rudolf Smend afirma que «sí, el funcionario debe poder obrar también de otra manera» (*Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 31). En la Sociología de Max Weber, la palabra «burocracia» posee como presunta categoría de juicio sin valor, de maquinaria técnica, racional y no valorativa, un cuerpo de funcionarios interesados fundamentalmente en que funcione sin roces. Ciertamente, este concepto es absolutamente polémico si se aplica a la situación del Estado alemán anterior a la guerra, pues lleva a considerar al conjunto de funcionarios alemanes como algo «apolítico y técnico» en injusta oposición con el Parlamento, que era considerado por Max Weber, como se sabe, como un medio para la selección de dirigentes políticos y la conformación de elites políticas. La expresión francesa «burocracia» tiene, realmente, algo de instrumental; el parlamentarismo de la Republica francesa ha logrado extirpar la idea de que el ejército y el cuerpo de funcionarios tienen una legalidad o legitimidad propias o que se pueden desplegar de ellos, y ha logrado cortar tanto el nexo con la legitimidad dinástica de la dinastía real como el contacto bonapartista con la legitimidad democrática plebiscitaria. En Alemania el cuerpo de funcionarios del siglo XIX estaba repartido en un gran número de monarquías constitucionales. Por lo tanto, hasta hoy, carece de conexión orgánica inmediata con la totalidad del grupo nacional y con la representación parlamentaria del conjunto del pueblo alemán en el *Reichtag*. La singularidad de las monarquías constitucionales potenció, a la vez que la burocracia, el que se pudiera mantener no sólo el fundamento de legitimidad de la monarquía, sino también la legalidad del Estado legislativo. Sin embargo, no se puede omitir lo que Hans Gerber ha

mencionado crispadamente hace poco en Halle en el Congreso de profesores de Derecho político (1931), esto es, que sin la condición jurídica asegurada de manera firme, la burocracia de ese tipo de «Estado de Derecho», es decir, el Estado legislativo de Derecho, no sería concebible. En esta opinión (creo yo) acertada de H. Gerber viene expresado un hecho histórico: que la burocracia no puede ser ya un mero «aparato funcionante» en manos de cualquier sistema arbitrario; sino que, más bien, este estamento profesional estable al que se han confiado normalmente la defensa de intereses, puede revestir los elementos de una elite auténtica que genera autoridad y legitimidad, en el sentido sociológico-estatal, y cualidades como la incorruptibilidad, el desinterés por el dinero y lucro, la disciplina, el sentido del deber y la lealtad y, por supuesto, ciertas tendencias a la cooperación. Si estos tres requisitos –estabilidad, cualidad y cooperación- son los criterios de la elite política que sustenta al Estado, entonces la burocracia alemana del siglo XIX puede ser contemplada como un factor de la elite de la vida estatal, sólo que, ciertamente, en ese momento no acentúa la cualidad decisiva de toda elite política, la capacidad y la disposición para el peligro político.

Después de que la legitimidad dinástica de la monarquía constitucional cayera, la defensa alemana (que después del desarme y la desmilitarización del pueblo alemán no constituía ya un ejército en el sentido tradicional) y la burocracia del *Reich* (principalmente la nueva burocracia financiera creada) han encontrado un nuevo fundamento en la legitimidad plebiscitaria del presidente del *Reich* elegido por el pueblo alemán. Por el contrario, la burocracia de los *Länder*, puesto que le ha faltado ese sustento, ha sido ocupada en gran medida por los poderes del Estado pluralista de partidos. Además, hoy en los *Länder* alemanes el ámbito territorial de la legislación y, por tanto, del Estado legislativo parlamentario no es suficientemente importante para posibilitar un sistema de legalidad independiente del país. Que los gobiernos de los distintos *Länder* alemanes tengan diversas concepciones de la «seguridad y el orden público y del carácter de enemigo del Estado», tiene como consecuencia que la recompensa política de la posesión legal del poder (que se analizará posteriormente, pp. 49 y ss.) recaiga en partidos distintos. Así hoy,

considerados los *Lander* bajo el concepto de legalidad y de legitimidad, la burocracia profesional alemana no tiene ya una magnitud unitaria con significación política propia. A pesar de ello, se podría puntualizar que sus piezas, a falta de otra autoridad, podrían llegar a ser un punto de reunión de las exigencias y las tendencias potentes hacia un Estado totalitario y procurar «restablecer el orden» por sí mismas en un Estado administrativo. Desde hace más dos años el pretexto de usar medidas de necesidad según el art. 48, sec. 2 de la Constitución del Reich, se materializa en gran parte en el Estado administrativo reglamentario. Lo que significa este desarrollo del sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario, se expondrá con detalle más adelante (cap. II, párrafo 3). Lo que interesa aquí es que la legalidad normativista del Estado legislativo parlamentario cuando se transforma en el funcionalismo vacío correspondiente con las decisiones de las mayorías, puede aliarse con el funcionalismo impersonal de una exigencia burocrática de reglamentación. Esta alianza, rara pero comprobable en la práctica, entre legalidad y funcionalismo técnico, hace que la burocracia permanezca como aliado superior y convierte a la ley del Estado legislativo parlamentario en la medida propia de un Estado administrativo burocrático.

La noción «Estado de Derecho» no debería usarse. Tanto el Estado legislativo como el Estado jurisdiccional pueden hacerse pasar, sin más, por Estados de Derecho; pero lo mismo puede decirse de todo Estado gubernativo y todo Estado administrativo cuando son llamados en cuestión para materializar el Derecho, convertir el viejo Derecho injusto en nuevo Derecho justo, y lograr sobre todo una situación normal sin la que todo normativismo es un fraude. La expresión «Estado de Derecho» puede tener tantos significados distintos como la misma palabra «Derecho» y, además, tanta variedad como organizaciones que esbozan la noción de «Estado». Hay un Estado de Derecho feudal, estamental, burgués, nacional, social, conforme con el Derecho natural, con el Derecho racional y con el derecho histórico. Es comprensible que propagandistas y abogados de toda clase gusten y recurran a esa expresión para difamar al enemigo considerándolo adversario del Estado de Derecho. Para su Estado de Derecho y su concepto de Derecho sirve el dicho según el cual «El

Derecho, no obstante, debe decir exactamente lo que yo y los míos bendecimos». Para la teoría del Estado y la Constitución la distinción entre el Estado legislativo, el Estado jurisdiccional, el Estado gubernativo y el Estado administrativo dota de unos caracteres específicos por los que se conoce mejor y de forma precisa la singularidad del sistema legislativo y su posición actual.

CAPÍTULO I

El sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario

1. El Estado legislativo y el concepto de ley

El Estado de la monarquía constitucional del siglo XIX era un Estado legislativo. Es más, en lo que toca al punto relevante del concepto de ley era, precisamente y en gran medida, un Estado legislativo parlamentario. La ley en sentido formal valía sólo como un acuerdo logrado con la intervención de la representación del pueblo. Tales conceptos formales del Derecho constitucional son, fundamentalmente, conceptos políticos. Por esta razón, fue un triunfo decisivo de la representación popular que el derecho apareciese intrínsecamente en forma de ley, que el Derecho positivo fuese Derecho legislativo principalmente, y que la ley en su concepción exacta exigiese una decisión de la representación popular. A decir verdad, se considera con razón que la ley es «toda norma jurídica» y, también, que el Derecho consuetudinario vale como Derecho positivo. Pero el Derecho consuetudinario rige naturalmente como Derecho ordinario y puede ser suprimido y anulado a través de un plumazo del legislador, con lo cual el legislador puede ser, generalmente, más rápido que el Derecho consuetudinario. Además, la admisibilidad de las producciones del Derecho consuetudinario es bastante discutida en un ámbito de la vida del Derecho tan importante como el del Derecho penal y, también, del Derecho constitucional y del Derecho administrativo. El lenguaje coloquial da a entender que la aceptación del Derecho consuetudinario se produce en detrimento del legisla-

dor. Por eso, se niega la admisibilidad del Derecho consuetudinario donde se sospecha que puede dañarse la fe en el legislador propia del Estado legislativo. No se debe olvidar que la teoría alemana del Derecho consuetudinario ha sido consagrada por la Escuela histórica del Derecho antes de 1848 y que, así pues, su significación propiamente política y polémica fue apreciada entonces a través de la oposición al derecho a legislar del príncipe absoluto. Por lo que concierne a la incidencia en la organización estatal, la aceptación del Derecho consuetudinario siempre comporta una restricción del legislador parlamentario a favor de otras instancias, especialmente de la Justicia. Eso mismo vale para cualquier construcción «conceptualmente necesaria» de un contenido ineludible, incluso para el legislador. Un buen ejemplo aquí es el artículo de Fr. Eiseles «Unverbindlicher Gesetzesinhalt» publicado en el *Archiv für die zivilistische Praxis* en 1885 (citado con acierto admiración en repetidas ocasiones por G. Husserl). Otro ejemplo lo proporciona el dictamen actual del Tribunal Supremo del *Reich* en el asunto sobre el carácter peculiar del funcionario; según el cual la delegación de competencias de autoridad sin un nombramiento formal debe justificar por sí sola el carácter propio del funcionario en virtud de «la sustancia interna de las cosas», porque la suposición contraria sería una «paradoja» y el legislador no puede prescribir algo «jurídicamente imposible e inviable» (cf. *RGZ*, 134, pág. 19 y las sentencias que se mencionan allí, especialmente *RGZ*, 125, pág. 422). Justamente, en el citado artículo Eisele ha manifestado de qué se trata aquí: «Aquí se trata de los límites del poder legislativo» (pág. 278). Tales límites podrían ser deducidos tanto de imperativos lógicos como del pensamiento o del Derecho consuetudinario.

Pero, absteniéndose de tales restricciones, por lo demás bastante discutidas en su aplicación concreta, las concepciones de la ciencia y la práctica del Derecho estaban (y todavía están) controladas completamente por una serie de ecuaciones escuetas: Derecho=Ley; Ley=regulación estatal, obtenidas con la intervención de la representación popular. Esa era la ley entendida a efectos prácticos cuando se reivindicaba la «soberanía de la ley» y el «principio de conformi-

dad con la ley de todos los actos del Estado» como características esenciales del Estado de Derecho. En esa congruencia entre Derecho y ley descansaban a fin de cuentas los sistemas e inventarios eficaces de conceptos, formas y postulados que se desarrollaron en el curso del siglo XIX y que hoy todavía continúan. El Estado es la ley como la ley es el Estado. Sólo se debe obediencia a la ley; solamente en su contra se elimina el derecho de resistencia. Únicamente hay legalidad, y por encima de ella no hay autoridad ni mandato. Otto Mayer afirma en su clásico artículo de su *Verwaltrungrechts* titulado «Di Herrschaft des Gesetzes» (3.ª ed., 1924, pág. 64) que: «La categoría suprema de voluntad estatal es la que se manifiesta con el nombre de ley». Tal Estado legislativo tiene tres características según Otto Mayer: el poder de la ley de crear Derecho objetivo (a diferencia de los mandatos oficiales y las instrucciones a las autoridades y a los funcionarios subordinados); la supremacía de la ley (supremacía principalmente frente a todos los demás tipos de actividad estatales considerados aquí, en especial la Administración y la jurisprudencia); y la reserva de ley, entendida como el monopolio de la ley, que tiene cualquier reglamentación legal en contraposición con otros tipos de actividad estatales de intervenir en los derechos fundamentales y los derechos de libertad garantizados jurídicamente en la Constitución. En otras palabras: el último guardián de todo el Derecho, el último garante del ordenamiento vigente, la última fuente de toda legalidad, la última seguridad y la última salvaguardia frente a la injusticia es el legislador y el procedimiento para legislar manipulado por él. En la práctica, no pueden considerarse ni el abuso del poder de legislar ni el procedimiento para legislar, porque de lo contrario se necesitarían de manera inmediata otras modalidades estatales dotadas completamente de otra estructura y organización. La congruencia y la armonía preestablecidas y presumidas del derecho y la ley, el Derecho y la legalidad, el objeto y el procedimiento, dominan con todo detalle la idea de Derecho del Estado legislativo. Sólo de este modo ha sido posible que el hombre se sometiese al imperio de la ley justamente en nombre de la libertad, que el derecho de resistencia se eliminase del catálogo de libertades y que se le concediese a la ley una absoluta supremacía; que la sumisión de los jueces a la ley se di-

visara como una garantía de independencia judicial, que la legalidad de la Administración pareciese la tutela más importante frente al abuso del poder estatal y que se colocasen todos los derechos fundamentales garantizados en la Constitución a disposición del legislador, en virtud del «monopolio de la ley» que a su albedrío podía interferir en ellos.

Naturalmente, el legislador en un Estado legislativo es sólo uno, es sencillamente el legislador. Cualquier concurrencia con otros legisladores de diversa categoría y de conceptos de ley relativizados destruye, como se ha enfatizado ya, el mismo Estado legislativo. El Estado legislativo de sistema de legalidad cerrado no puede ofrecer, como el Derecho estatal romano, muchas «fuentes del Derecho», *leges, pebiszite, senatusconsulte; constituciones principum, edicte* de la magistratura, *consulta prudentium,* etc. El legislador de un Estado legislativo consecuente tiene que mantener el «monopolio» de la legalidad en sus manos. En realidad, en el periodo anterior a la guerra, rara vez se cuestionaba y mucho menos se contestaba qué ocurriría si cesase la fe en el legislador, la armonía entre Derecho y la decisión judicial. El procedimiento legislativo comprendía con sus complicados impedimentos y contrapesos —sistema bicameral del legislativo inutilizado, gobierno real apoyado por el ejército y la burocracia, sanción real a las resoluciones legales, controles y equilibrios del Parlamento federal— garantías suficientemente fuertes de contención y protección segura para la libertad y la propiedad frente a la arbitrariedad y el abuso del molde legal. En tal ente estatal es también concebible y tolerable un concepto de ley más puramente formal, independiente de todo contenido. Además, cuando se soporta sin requisitos, sin condiciones y sin contemplaciones todo lo que los organismos competentes de Derecho resuelven por vía legislativa como el único Derecho positivo dado, entonces valen todos los principios e instituciones típicos del Estado de Derecho, como por ejemplo la sujeción de los jueces independientes a la ley o la seguridad frente a la penalización arbitraria contenida en la expresión «ninguna pena sin ley» (art. 116 de la Constitución), o el monopolio de la ley sobre los derechos fundamentales y las libertades, todavía convenien-

te y llevadero; éstas eran importantes sujeciones, seguridades y reservas, ya que la fe imperturbable, no problemática y frugal en el legislador ordinario y en el procedimiento legislativo no hacían necesarias ulteriores sujeciones, seguridades y reservas. Solamente teniendo una fe sólida en el legislador y sus formas puede uno expresarse con la frase «el derecho del legislador es ilimitado, cualquier otro derecho del poder estatal es limitado» (Leuthold, 1884, en los *Annalen de Hirth*); o «para el legislador no hay propiedad inviolable» (Anschütz, 1912, en su *Kommentar zur Presussischen Verfassungkunde von 1850*).

Esa fe permanece como el presupuesto de todas las Constituciones que organicen el Estado de Derecho en forma de Estado legislativo. De lo contrario, el Estado legislativo sería una especie de complicado absolutismo, el deber de obediencia ilimitado sería una violación abierta, y el franco abandono del derecho de resistencia sería una irresponsable tontería. Si el concepto de ley se priva de toda relación de contenido con la razón y la justicia y, al mismo tiempo, el Estado legislativo, con su especifico concepto de legalidad, conserva toda la soberanía y majestuosidad del Estado en la ley, todas las disposiciones de cualquier clase que sean, todos los mandatos y medidas, todas las ordenanzas a cualquier oficial o soldado y todas las instrucciones a un juez en virtud de la «soberanía de la ley», pueden llegar a convertirse en legales y jurídicamente regladas a través de una resolución del Parlamento o de otra instancia participe en el procedimiento legislativo. La «forma pura» se reduce, entonces, a una expresión vacía y a la etiqueta de «ley», y se revela contra la relación con el Estado de Derecho. Toda la majestuosidad y la soberanía de la ley pende exclusiva y directamente y, a decir verdad, con significación y eficacia jurídico-positiva inmediata, de la fe en la justicia y la razón del legislador mismo y de toda instancia participe en el procedimiento legislativo. Todas las garantías y seguridades legales, todas las protecciones frente al abuso están en la persona del legislador omnipotente o desplazadas a la idiosincrasia del procedimiento legislativo. Para evitar completamente el sin sentido y la pura arbitrariedad, éstas tienen que ser dominadas íntegramente por esa fe como un requisito necesario que comporta la congruencia del de-

recho y la ley formal. Sin lugar a dudas, este sistema de legalidad no carece de fundamento. La igualación incondicional del Derecho con el resultado de algunos procedimientos formales sería sólo una sumisión incondicional y, además, ciega a la pura decisión tomada por las autoridades legislativas competentes, esto es, a la decisión desprendida de toda relación de contenido con el Derecho y la justicia, y un abandono incondicional de la resistencia. Sería el *sic volo sic jubeo* en su forma nativa y solamente psicológica, a partir de los rudimentos de cualquier superstición o residuo de una religión de ley temprana y antigua aún por concebir. A esto se le puede llamar «positivismo», como positivismo puede denominarse todo tipo de decisionismo acrítico; esta expresión únicamente engaña en la actualidad una vez, pues todo formalismo incondicional es una exigencia de sometimiento puramente política y una negación puramente política y motivada del derecho de resistencia.

La teoría del Estado alemana anterior a la guerra ha afirmado un concepto de ley material junto al conocido concepto formal. «Sin el concepto material», afirma Anschütz (en *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, 2.ª ed., Tübingen, 1901, pág. 33), «no se asienta ni la teoría ni la praxis ni se entiende ni se define la Constitución prusiana». Por esa razón, también se reconocen determinados criterios objetivos de la ley. La ley en sentido material es una norma jurídica o una proposición normativa, una determinación de «lo que debe ser derecho para todo el mundo». Se establece firmemente que la ley en el sentido formal contiene normalmente una proposición jurídica en sentido material para distinguirse, sea como sea, de un precepto cualquiera. Además, que la teoría dominante reconocida evidencie el requisito de la sanción como un mandato añadido a la ley como regla jurídica, hace que todavía sobreviva la distinción entre norma y mandato, entre ley y medida. «Toda ley se compone de dos partes, una de las cuales es la misma regla y, la otra, el precepto de ley, la orden de acatarla» (Laband). Pero no se ha establecido la relación entre la norma jurídica y la ley en ninguna definición jurídico-política de la ley, ni qué ley como ley general, como regla duradera, se distingue del mero mandato o medida.

Junto a esos conceptos, hay un segundo, otra noción de ley completamente distinta que, sin embargo, «puede ser denominada ley en sentido material» (ciertamente, sólo porque ésta no es «formal»), esto es, la ley como «injerencia en la libertad y la propiedad del ciudadano». Esta noción se ha manifestado a partir de la situación del siglo XIX y ha consistido en la contraposición entre Estado y sociedad, gobierno y representación del pueblo, entre funcionarios subordinados al servicio (sometidos a una «relación especial de poder») y ciudadanos libres y. por último, en general, en la distinción civilista del Estado de Derecho, de la esfera privada libre (en principio ilimitada) y las competencias del poder estatal anteriormente regladas por el legislador (en principio limitadas y mesurables). Otra distinción que se deriva de la anterior es la de la ley, esto es, una ordenanza jurídica como «injerencia en la libertad y la propiedad del ciudadano» y una ordenanza administrativa como no injerencia en la esfera de libertad, sino sólo como fenómeno reproducido «dentro del organismo del poder ejecutivo» (Anschütz).

La ley definida como «injerencia en la libertad y la propiedad» tenía, naturalmente, solamente un sentido político polémico y se erigía contra el ejecutivo de un Estado autoritario, es decir, contra el gobierno real y su ejército y burocracia. Que los dos criterios completamente incompatibles de ley (¡Derecho e injerencia!) ambos como «materiales» se enfrentaran a la ley formal no era elegante ni abstractamente lógico, pero perfectamente comprensible en la situación concreta del siglo XIX. Por el contrario, se tenían que confundir los conceptos del Estado legislativo, ya que la teoría dominante, a pesar de la existencia de ambos conceptos de ley «materiales», también atribuía al procedimiento legislativo formal el poder para servirse a discreción de la forma de ley para cualquier contenido de voluntad, aunque no era ya ley en sentido material, ni tampoco tuviera que ver con los conceptos de ley materiales. De este modo, la completa majestuosidad del Estado de Derecho que se deducía únicamente del primer concepto de ley material, Ley = norma jurídica, e irradiaba al procedimiento legislativo formal, se incomunicaba de su origen y su fuente, esto es, de su relación objetiva con el Derecho.

Igualmente, la idea de protección y seguridad que descansaba en el segundo concepto de ley (injerencia en la libertad y la propiedad), se revelaba contra el legislador y se ponía verdaderamente a favor únicamente de un concepto de ley formal, puramente político, es decir, sin relación alguna con el Derecho y la justicia. La ley no necesita ser, ni tener intención de ser, una reglamentación general (de trato igual a los iguales) duradera y de contenido determinado y mesurable; el legislador hace lo que quiere en el procedimiento legislativo, pues siempre crea «leyes» y «Derecho». Con ello, se dejaba el camino abierto al concepto de legalidad absolutamente «neutral», libre de valores, sin contenido, formalista y funcional. Mientras en el Derecho administrativo se mantenía de manera firme que la ordenanza (a diferencia del decreto) retenía un carácter general (lo que aquí se considera comprensible e incluso necesario) y se reconocían, de otro modo, ciertos caracteres a la normativa (determinado contenido, proporcionalidad, igualdad), en Derecho político (donde la ley tenía prácticamente una significación bastante más amplia) se trataba de todo lo que atañe a ella como un juego teórico fútil, que carece de «acotaciones firmes».

En tanto que la situación nacional fue normal y pacífica, y no se afectó a la fe en las instancias partícipes en la legislación y su acción conjunta, ciertamente, en la práctica, no hubo dificultades teóricas. Cuando se descartó el dualismo entre Estado y sociedad y, con ello, al mismo tiempo, la estructura dual de la monarquía constitucional, la voluntad política y la voluntad del pueblo se identificaron con una consecuencia democrática, y respondiendo a esa misma consecuencia se procedió, democrática, a calificar toda manifestación de la voluntad del pueblo como «ley» y se impuso a ésta toda la majestuosidad y alteza que corresponde al concepto en virtud de su relación con el Derecho y la justicia. En la democracia, la ley es la voluntad real de pueblo existente en ese momento, es decir, prácticamente la voluntad de la mayoría vigente de los ciudadanos votantes; *lex est, quod populus jubet.* La diferencia entre norma y mandato, intelecto y voluntad, *ratio* y *voluntas*, está en que se sostiene el Estado legislativo parlamentario con su distinción entre ley y procedimiento legislativo; aquí fun-

ciona de nuevo como un concepto formal y amenaza el edificio del sistema parlamentario de legalidad. Sin embargo, esto es tolerable en una democracia consecuente por otras razones. Puesto que, según el requisito democrático, el pueblo homogéneo tiene en sí todas las propiedades que contienen una garantía de justicia y razonabilidad de la voluntad expresada por él. Ninguna democracia persiste sin el requisito de que el pueblo es bueno y, por consiguiente, su voluntad basta. *Il suffit qu'il veut.* En la democracia parlamentaria, la voluntad del parlamento se identifica con la voluntad del pueblo. Aquí, la simple decisión mayoritaria del Parlamento puede ser Derecho y ley mientras se suponga que contiene todas las cualidades de la voluntad del pueblo. También aquí es concebible y tolerable un concepto de ley «formal», pero no incondicionadamente formal, sino completamente combinado con la fe en el acuerdo de la mayoría parlamentaria y la voluntad del pueblo homogénea. Por eso, refiriéndose a las leyes constitucionales francesas de 1875 y la democracia parlamentaria de Francia, el excelente autor del Estado de Derecho francés, Carré de Malberg, ha planteado hace poco (*La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931) que todos los criterios objetivos del concepto de ley, por ejemplo, el carácter general o la duración de la reglamentación, son rechazados porque la voluntad del Parlamento es por sí misma la voluntad inmediata del pueblo soberano, la *volonté générale*. Ésta es la fórmula característica de la democracia parlamentaria. En su significado práctico, ésta se dirige hoy contra el examen judicial de las leyes, porque tal control de la jurisdicción sobre el legislativo introduciría en el Estado legislativo parlamentario elementos de un Estado jurisdiccional que, como cuerpo extraño al sistema de legalidad puro, pondría en peligro este tipo de Estado y harían problemática la posición central del Parlamento como fuente de legalidad.

Suprimiendo los requisitos del Estado legislativo parlamentario-democrático, es natural cerrar los ojos ante la concreta situación constitucional y sujetarse a un concepto de ley absolutamente funcional, formal y «neutral a los valores» para salvar, de este modo, el sistema de legalidad. Entonces, la «ley» es únicamente una decisión

momentánea de la mayoría parlamentaria vigente. Esto es absolutamente concebible y tolerable, como se ha mencionado, con la confianza implícita prevista en ciertas cualidades garantizadoras del Derecho y la razón de los Parlamentos, de los parlamentarios y del procedimiento parlamentario caracterizado por la discusión y la publicidad del señalado procedimiento. Sin embargo, en este punto tiene que enfatizarse otro requisito de cuya ineludibilidad no se tiene casi nunca suficiente conciencia: la Constitución escrita del Estado legislativo parlamentario tiene que concretarse básicamente en unas normas orgánicas y de procedimiento. Esto responde a la neutralidad del sistema tanto relativa liberal como también funcionalista absoluta, cuyo procedimiento y métodos están abiertos y quieren ser accesibles a las diversas creencias, tendencias, impulsos y propósitos. Además, para todo Estado legislativo tiene que ser lógico que la Constitución escrita que quiera construir tal Estado legislativo, no debe anticiparse al legislador sancionado por ella haciendo de legislador mientras impone sus propias normas jurídicas materiales. El Estado legislativo conoce únicamente un legislador ordinario que conserva el monopolio de la creación del Derecho material. El Estado legislativo de la monarquía constitucional alemana del siglo XIX conocía, ciertamente, tres conceptos de ley; pero, para su concepto formal de ley sólo era y resultaba esencial y determinante la cooperación de la representación del pueblo. Por lo demás, tanto la lucha por el derecho para elaborar ordenanzas jurídicas independientes del rey, como también la apreciación de la sanción real de la decisiones legales, indicaban que todavía no se había llegado a un Estado legislativo democrático parlamentario. Pero tampoco los defensores del derecho real para promulgar ordenanzas jurídicas independientes se aventuraban a denominar como leyes las disposiciones jurídicas del rey. Este claro y obvio axioma de que el Estado legislativo sólo debe tener un concepto de ley, un único legislador y un único procedimiento se mantuvo al menos formalmente, y el sistema de legalidad de ese ente estatal se practicó sin contradicciones internas autodestructivas.

2. Legalidad e igualdad de oportunidades *(chance)* de acceso al poder político

La Constitución de Weimar proclama en su artículo 68 el Estado legislativo parlamentario: las leyes del *Reich* son acordadas por el *Reichtag*. Es propio del modo de pensar funcionalista considerar el Derecho y la ley como decisión de turno de la mayoría parlamentaria de ese momento sin relación a contenido alguno. Por ello, el Derecho, la ley y la legalidad llegan a ser procedimientos y procesos de acuerdo «neutrales» frente a todo contenido igualmente válido y accesible. Con todo, el concepto de ley del Estado legislativo parlamentario posee una neutralidad considerable frente a los más diversos contenidos; pero debe contener, todavía, ciertas cualidades (normativa general, certeza en el contenido, duración), si en general tiene que sustentar un Estado legislativo. Ante todo, no puede ser «neutral» frente así mismo y sus propios requisitos. La entidad parlamentaria, sin tener en cuenta las cualidades de sus miembros, hace una mera función de registro del voto mayoritario general y, abandonando todo requisito «material», convierte su decisión parlamentaria en decisión de ley con lo que todas las garantías de justicia y racionalidad finalizan. También convierte el mismo concepto de ley y la misma legalidad en concepciones funcionalistas consecuentes sin sustancia ni contenido, cercanas a concepciones aritméticas para el cálculo de las mayorías. El 51 por ciento de los votos constituye la mayoría en Parlamento; el 51 por cien de los votos parlamentarios constituye Derecho y legalidad; la fe en el gobierno del 51 por cien del Parlamento constituye el gobierno legal parlamentario.

El método de la formación de la voluntad a través de una simple verificación de la mayoría es conveniente y tolerable si puede suponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. En ese caso, la minoría no se coloca en una tesitura, sino que la votación tiene que dejar aflorar sólo un acuerdo y unanimidad supuestas, existentes y latentes. Puesto que, como ya se ha mencionado, toda democracia descansa en el requisito de un pueblo indivisible, homo-

géneo, total y uniforme, entonces en realidad no hay en cuestión y en lo fundamental ninguna minoría y mucho menos una mayoría de minorías estables y constantes. La verificación de la mayoría no se introduce en el procedimiento, porque se renuncia por relativismo o agnosticismo a encontrar lo verdadero y lo justo; eso sería ante la gravedad de las decisiones políticas que aquí se tratan una renuncia suicida y, como Hans Kelsen (*Naturrechtslehre und Positivismus*, 1928, pág. 77) confiesa solamente sería factible «en tiempos relativamente pacíficos», o sea, sólo cuando nada dependa de ello. Se asienta que, en virtud de la propia pertenencia al mismo pueblo, todos desean lo mismo de igual manera. Suprimida la concepción de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo de la pura verificación de la mayoría, sin razón y vacío de contenido, es lo contrario a la neutralidad y la objetividad; es tan sólo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría oprimida. Cesa, entonces, la identidad democrática entre los gobernantes y el gobierno, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso la adhesión cesa porque puede sumarse racionalmente únicamente lo homogéneo. El funcionalismo sin contenido e incondicional de las mayorías cambiantes se puede asentar como «dinamismo», aunque la carencia de estática y sustancia no es necesariamente dinámica. Pero si ese procedimiento indiferente y neutral en relación al contenido, por mucho que sea perfeccionado, se empuja hasta la absurdidad de la verificación matemática y estadística de la mayoría, siempre se tiene que presuponer, no obstante, un principio de justicia material cuando no se quiere derrumbar el entero sistema de legalidad en el mismo momento: el principio es para todas las opiniones, todas las tendencias y movimientos concebibles el de la *absoluta igualdad de oportunidades (chance) para alcanzar la mayoría.* Sin este principio, la matemática de la mayoría con su indiferencia frente a todo contenido del resultado no sería sólo un juego grotesco y un escarnio insolente de la justicia sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de la misma, terminaría también con el sistema mismo ya desde la primera obtención de mayoría, porque después de la primera mayoría querría instalarse legalmente como poder duradero.

La actitud abierta de la igualdad de oportunidades *(chance)* no deja de prescindir del Estado legislativo parlamentario. Sigue como el principio de justicia y el principio de vital necesidad de la autoconservación. Tampoco el funcionalismo no restante, ejecutado mediante la pura mayoría aritmética, puede renunciar a este requisito indispensable y fundamento de su legalidad.

Como el poder estatal es legal, todo derecho de resistencia como derecho debe ser, ante todo, negado y abolido. Pero el viejo problema de «la resistencia contra el tirano», es decir, contra la injusticia y el abuso del poder estatal, permanece y no es capaz de solucionar ese vacío funcionalista y formal del Estado legislativo parlamentario. Sólo implica un concepto de legalidad de contenido indiferente, incluso neutral a su propia vigencia, que prescinde de toda justicia material. La falta de contenido de la mera estadística mayoritaria quita cualquier poder de persuasión a la legalidad; la neutralidad es, ante todo, neutralidad frente a la distinción entre justicia e injusticia. La posibilidad de injusticia, la posibilidad de «tiranos», solamente se suprime a través de una «construcción» *(Kunststück)* formal, por la que a la injusticia ya no se le llama injusticia y a los tiranos tiranos, como de forma similar se puede liquidar una guerra llamándola «medidas amistosas acompañadas de batallas de mayor o menor envergadura» y denominar a esto una «definición puramente jurídica de guerra». Entonces, el poder legal no podría cometer, ninguna injusticia por simple necesidad conceptual. La vieja teoría del derecho de resistencia matiza dos tipos de «tiranos»: por una parte, el que ha logrado de modo legítimo su posesión del poder, pero después lo ha ejercitado mal y tiránicamente y abusado del mismo, esto es, el *tyrannus ab exercitio*; y por otra parte, el *tyrannus absque titulo* que es el que ha logrado llegar al poder sin titulo justo, indiferentemente de si lo ejercita bien o mal. Junto a la neutralidad en el contenido o, a punto, junto a la completa falta de contenido del concepto de legalidad funcionalista, no puede imponerse ya el primer tipo, es decir, el empleo ilegal del poder legal; pero naturalmente la mayoría tampoco podría ser jamás «un tirano sin título jurídico» si la mayoría se ha convertido en el único título jurídico legal de posesión

del poder. Sólo quien ejerza el poder estatal o parecido al estatal sin tener de su parte al 51 por ciento de la mayoría, es considerado ilegal y un «tirano». Quien tiene esa mayoría no podría ya cometer injusticia, sino que todo lo que hace se convierte en derecho y legalidad. Con tales consecuencias, el principio del concepto de legalidad sin referencia al contenido y funcionalista conduce *ad absurdum.*

La pretensión de legalidad transforma toda la resistencia y la contradefensa frente a la injusticia y adversidad jurídica en «ilegalidad». La mayoría puede tener arbitrariamente a su disposición la legalidad y la ilegalidad; sobre todo, puede expulsar de la legalidad a sus adversarios políticos internos, es decir, declararlos *hors-la-loi* y, con ello, excluirlos de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domina el 51 por cien podría convertir legalmente en ilegal al 49 por cien. De forma legal, podría cerrar tras de sí la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar al partido político adversario como un delincuente malvado que acaso patea la puerta cerrada con sus botas. Ante esta posibilidad dificultosa, hoy se suele procurar ofrecer cierta protección mediante la introducción de mayores dificultades y cualificaciones para el acuerdo de la mayoría, exigiendo para determinadas cuestiones mayorías de dos tercios o similares; y, de una parte, ofreciendo garantías frente al 51 por ciento de la mayoría bajo la engañosa expresión clave «la protección de la minoría» y, de otra parte, siguiendo todavía en el funcionalismo vacío del mero cálculo de mayorías y minorías aritméticas. En el capítulo siguiente se muestra también que la introducción de tal número razonable y cualificado de mayorías desautoriza y destruye tanto la democracia como el Estado legislativo parlamentario y su concepto de legalidad. Sin embargo, puede reconocerse, desde ahora, que ese funcionalismo matemático correspondiente al registro de la mayoría de ese momento, se neutraliza constantemente a sí mismo si no vela con rigor al principio de igualdad de oportunidades (*chance*) para la obtención de la mayoría. El actual Estado legislativo parlamentario apoyado en el dominio de la mayoría de ese momento puede entregar el monopolio legal del ejercicio del poder al partido mayoritario de ese momento y exigir a la minoría el abandono del derecho de resistencia,

hasta que permanezca verdaderamente abierta la igualdad de oportunidades (*chance*) para la obtención de la mayoría y hasta que ese requisito de su principio de justicia sea, de algún modo, fehaciente. Entonces, se atribuye la mayoría de ello a lo que hasta ahora se ha propuesto para justificar la dominación de la mayoría, así como también a lo que dice, en particular, la única monografía existente (W. Starosolskyj, *Das mayoritätsprinzip*, Viena, 1916, págs. 63-64) sobre la necesaria «variación de la composición personal de la mayoría» y la necesaria «vaguedad» de su domino.

Kart Wolzendorff ha fundamentado y justificado en su conocido libro sobre la teoría del derecho de resistencia estamental (*Staatsrecht und Naturrecht*, Breslau, 1915) la supresión del derecho de resistencia a través de la vía regular jurídica o del agravio. Pero para el Estado legislativo parlamentario, mucho más importante que la introducción de una tutela jurídica regular y que la actitud abierta a las oportunidades (*chance*) a la justicia que conduzcan a un proceso, es esa actitud abierta de la igualdad de oportunidades (*chance*) para lograr la mayoría, esto es, el poder político. Entonces, cuando el partido domina el 51 por cien del ente legislativo, puede convertir legalmente leyes fundamentales para la justicia y, por tanto, incluso dictar a la justicia que está ligada a la ley el contenido de la decisión correcta para pleitos de derecho civil, laboral, penal y disciplinar y otros tipos. Además, puede formar el gobierno legal que maneja todos los medios de poder de aplicación de la ley. Por tanto, la oportunidad (*chance*) a obtener justicia del partido no dominante se convierte en lo opuesto a una oportunidad (*chance*). Quien tiene la mayoría, hace las leyes válidas; además, alega las leyes hechas por el mismo. Tiene el monopolio de la validez y la puesta en vigor, la producción y la sanción de la legalidad. Pero lo más importante es que el monopolio de la puesta en vigor de las leyes válidas le otorga la posesión de los medios de poder estatal y, con ello, un poder político que traspasa el límite de las meras normas «válidas». El partido dominante condensa toda la supremacía que acompaña la mera posesión de los medios de poder legal en un ente estatal en el que domina este tipo de legalidad. De aquí en adelante la mayoría deja de ser de repente

un partido para pasar a ser el Estado mismo. Las normas gozan de ser aún limitadas y reducidas en ese Estado legislativo que se sujeta a la aplicación de la ley, pero el Estado marca, como una vez dijo Otto Mayer, «lo ilimitado que siempre está detrás». En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal engendra una *plusvalía política adicional* que se suma al poder meramente normativista y legal, una *recompensa supra-legal sobre la posesión legal del poder legal* y sobre la obtención de la mayoría.

Esta recompensa política es en estos tiempos sosegados y normales relativamente calculable, pero en una situación anormal es completamente incalculable e imprevisible. Siempre es de tres tipos. En primer lugar, se origina de la interpretación y del manejo de conceptos discrecionales e indeterminados como «seguridad y orden públicos», «riesgo», «estado de emergencia», «medidas necesarias», «hostilidad al Estado y a la Constitución», «sentimientos amistosos», «intereses vitales», etc. Tales conceptos, sin los cuales no puede pasar ningún ente estatal, tienen la singularidad de estar ligados directamente a la situación del momento, de que en principio logran su contenido específico a través de aplicación concreta y, sobre todo, que su concreta aplicación y manejo en periodos y situaciones difíciles y políticamente importantes es el único punto decisivo. En segundo lugar, el poseedor legal del poder estatal tiene de su parte la presunción de legalidad en los casos dudosos, en los que naturalmente se propugnan siempre conceptos vagos y coyunturas políticas difíciles. En tercer lugar, finalmente, sus ordenanzas, aunque sean de discutible legalidad, también son cumplidas inmediatamente, lo mismo que cuando se prevén las posibilidades de reclamación y la protección judicial. En una competición entre el ejecutivo y la justicia, ésta llegaría casi siempre demasiado tarde; lo mismo sucede cuando se pone en sus manos el instrumento inofensivo de medidas temporales y disposiciones en los casos políticos interesantes. Por esta razón, la oportunidad (*chance*) de obtener justicia significa una necesaria corrección y una protección para nada despreciable, pero no puede ser políticamente decisiva y sostener por ella sola el principio de justicia de este tipo de legalidad, el mantenimiento de la igual-

dad de oportunidades (*chance*). Para la actual conciencia jurídica del pueblo alemán, mediante las muchas experiencias de la política exterior, se añade que las oportunidades (*chance*) de obtener justicia en conflictos políticos han perdido, generalmente, valor y autoridad. Tal como están las cosas hoy, sería exigir demasiado al pueblo alemán, por ejemplo en una pregunta vital de la política exterior, que por la oportunidad (*chance*) ganase un proceso jurídico internacional y firmase su sentencia de muerte.

De esta forma, todo depende de un principio de igualdad de oportunidades (*chance*) para lograr el poder político interno. Estando a merced de este principio, el Estado legislativo parlamentario es presa de sí mismo, de su justicia y su legalidad. Pero ¿vale aquí la buena voluntad y la mejor de las intenciones? Cualquier instante crítico amenaza el principio de la igualdad de oportunidades (*chance*), porque desvela la contradicción inderogable entre la posesión del poder legal y el mantenimiento de la igualdad de oportunidades (*chance*) para lograr el poder político interno. Por una parte, la igualdad de oportunidades (*chance*) es suprimida a través de la mera presunción de legalidad de todas las manifestaciones de poder estatal; por otra parte, ningún poder estatal puede prescindir de esta presunción. Por un lado, pertenece al contenido esencial del principio de igualdad de oportunidades (*chance*) el que su interpretación concreta y su manejo no sean unilaterales, sino que procedan para todos los partidos en igualdad de condiciones; por otro lado, el concepto mismo de «igualdad de oportunidades (*chance*)» es, de nuevo, uno de aquellos conceptos indeterminados ligados directamente a la situación, cuya interpretación y manejo atañe de manera esencial al poder legal y, por tanto, al partido dominante en ese momento. Éste determina por sí sólo la posibilidad de acción que se le permite al enemigo político interno.; así pues, determina cuando empieza la ilegalidad de los competidores. Esto no es ya, aparentemente, una competición igual, ni tampoco una igualdad de oportunidades (*chance*).

El principio de igualdad de oportunidades (*chance*) es de tal delicadeza que ya la primera duda sobre el credo de lealtad de todos

los interesados hace imposible la aplicación del principio. Entonces, evidentemente, solamente se puede mantener la igualdad de oportunidades (*chance*) para quien está seguro de que la mantendría para los demás; cualquier otro uso de este tipo de principio no sólo sería en la práctica un suicidio, sino también una falta contra el principio mismo. Por esta necesidad, el partido permanente en la posesión legal del poder, en virtud de la posesión de los medios de poder estatal, debe determinar y decidir por sí mismo sobre todas las aplicaciones y usos concretos y políticamente importantes del concepto de legalidad e ilegalidad. Este es un derecho suyo vinculante. Pero, asimismo, es un derecho vinculante de la minoría que aspira a lograr los medios de poder estatal que, en virtud de la exigencia de la igualdad de oportunidades (*chance*) con igualdad de condiciones, juzgue por sí sola sobre la concreta legalidad e ilegalidad no sólo de sí misma, sino también de la del partido contrario que está en posesión de los medios de poder estatal. Por tanto, el principio de igualdad de oportunidades (*chance*) no contiene en sus requisitos intrínsecos ninguna respuesta a la pregunta planteada en cualquier instante crítico y prácticamente el único decisivo sobre quien resuelve y decide en un caso conflictivo de inseguridad y diferencia de opiniones. Justamente por este principio, el manejo de cualquier concepto indeterminado y ligado a una situación el manejo de cualquier concepto indeterminado y ligado a una situación, pero ante todo legal o ilegal, como el orden público, el espíritu estatal, constitucional, amistoso y no amistoso, pero ante todo, determina que el partido dominante y el no dominante, mayoría y minoría, tengan absoluta igualdad de oportunidades (*chance*). Sería una salida práctica que se buscase la solución a ello, que se estableciese un «tercero imparcial» que decidiese el conflicto, ya sea de forma judicial o de otro tipo. Pero, entonces, se sacrificaría el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario. Puesto que este tercero sería, frente ambas partes, un tercero superior supra-parlamentario y supra-democrático, y la voluntad política no se obtendría ya a través de la libre competencia por el poder entre los partidos políticos dotados de oportunidades (*chance*) de poder fundamentalmente iguales. No se resolvería la problemática surgida del principio mismo, sino que sólo se reconoce-

ría que el principio conduce a preguntas sin solución y a situaciones críticas. *En cuanto se suprima el sentimiento de igualdad ante la ley para ambas partes, requisito de legalidad perteneciente a ese sistema, ya no hay ninguna solución.* El partido mayoritario en posesión legal de los medios del poder estatal debe aceptar que si el partido contrario por su parte alcanza la posesión del poder legal, aprovechará el poder estatal a tal efecto para atrincherarse en la posesión del poder y cerrar la puerta tras de sí, y, de este modo, suprimir de forma legal el principio de legalidad. La pretendida minoría que aspira a la posesión del poder sostiene que la mayoría dominante ha hecho lo mismo desde hace largo tiempo; así, manifiesta *explícita* o *implícitamente* que el existente poder estatal es ilegal, crítica de la que ningún poder legal puede salir indemne por sí solo. Por tanto, en el momento crítico, todos reprochan al otro su ilegalidad y todos juegan a ser el guardián de la legalidad y la Constitución. El resultado es un estado falto de legalidad y de Constitución.

En cualquier concepto de los llamados «derechos políticos» fundados sobre la igualdad de derechos y coordinación puede producirse tal momento crítico. Conceptos de política exterior y derecho internacional como seguridad, peligro de guerra y ofensiva, amenaza, ataque, responsabilidad por guerra, etc, sufren la misma clase de controversia. Así, por ejemplo, diversas potencias han hecho la reserva explícita en la llamada «proscripción de guerra» del Pacto de Kellogg de 1928 de que toda vulneración del Pacto por otro estado las desliga del tratado frente al violador. Esta no es una reserva injusta; se entiende en realidad por sí misma. Pero en seguida se ve que el pacto en casos críticos depende de eso y especialmente en caso de guerra llega a ser inútil, por lo menos en tanto que sobrevenga forzosamente con los mismos derechos y hasta que no suceda, como posiblemente sucederá en la realidad política, que una gran potencia imperialística o un grupo de potencias jueguen a ser un tercero superior e interpreten y sancionen por ellas mismas los conceptos indeterminados del pacto, incluido el concepto de «guerra». No obstante, en política interior una decisión concreta análoga para la insoluble antinomia sólo podría ser efectuada por el partido perma-

nente en posesión del poder legal. Ahora bien, debido a esto, este partido se convertiría en un tercero superior y abandonaría en ese mismo instante el principio de su legalidad, de la igualdad de oportunidades (*chance*). Entonces, con otras palabras, decidiría sencillamente la supremacía política de la posesión legal del poder estatal.

La gran recompensa de la posesión legal del poder, fundada de manera triple en la interpretación arbitraria, la presunción de legalidad y la ejecución inmediata, despliega su eficacia primordial en el manejo de la posibilidad de abandono de la igualdad de oportunidades (*chance*) en virtud de las atribuciones excepcionales del estado de excepción. Además, proporciona al partido dominante la disposición no sólo sobre el «botín», sobre los «spoils» al viejo estilo, sino también, junto al derecho de gravamen y cargo, en un Estado cuantitativamente totalitario le proporciona la disposición sobre el conjunto de la renta nacional. Basta esbozar esta faz de las posibilidades legales para discernir su repercusión sobre el principio de legalidad del Estado legislativo parlamentario. Así, a la gran recompensa se unen, además, varias más pequeñas. Por tanto, un partido mayoritario puede tomar el control de las leyes electorales en las elecciones y votaciones del entrante periodo para su provecho y en perjuicio de sus adversarios políticos internos. Puede impedir deliberadamente, como lo ha hecho, la escasa mayoría del *Landtag* prusiano al final del periodo de elección por resolución del 12 de abril de 1932; la elección del presidente del gobierno para el periodo electoral siguiente con ayuda de la revisión del reglamento interno (art. 20); quitar al adversario la oportunidad (*chance*) y beneficiarse de la oportunidad (*chance*) para formar el ministerio de negocios, es decir, para la gestión adicional de la posesión del poder legal, aunque no sea ya la detentadora de la mayoría. En la actualidad, desde hace meses e incluso años, los «ministerios de negocios» oficiales en muchos *Lander* suministran ejemplos especialmente instructivos del tipo de recompensas que interesan aquí sobre la posesión del poder una vez adjudicado. Estos ministerios de negocios no solamente gestionan todos los «negocios corrientes», como prescribe por ejemplo la Constitución prusiana. El Tribunal estatal del *Reich* alemán ha des-

echado en apelación esta disposición constitucional (Lammers-Simmons I, pág. 267); y como cuando los sentimientos ya no son leales es difícil distinguir los negocios corrientes de otros; los «negocios corrientes» se hacen pasar simplemente por «todos los negocios», colocándose en completa igualdad al ministerio de negocios y al gabinete parlamentario, aunque sólo en sus facultades de poder, no en sus obligaciones. Así, la mayoría existente anteriormente, pero sin la mayoría actual en posesión de lo medios de poder estatales, permanece a menos que el partido opuesto haya alcanzado en su lugar una clara mayoría contraria. Entonces, la justificación interna ya no es, aparentemente, el principio democrático de la mayoría, sino sólo la posesión fáctica del poder estatal una vez logrado legalmente. No hay ya una igualdad de oportunidades (*chance*), sino sólo un triunfo de la *beatus possidens*. En la misma medida en que semejante posesión de recompensas cobra un significado político decisivo y su utilización se convierte sin ningún tipo de miramientos en un medio elemental del mantenimiento del poder del partido político, se pierde toda la fe en el principio de igualdad de oportunidades (*chance*) y, con ella, el propio fundamento de legalidad del Estado legislativo parlamentario. Finalmente, entonces, lo importante es quién tiene en último lugar el poder legal en sus manos cuando se tira por la borda todo el sistema de legalidad para constituir a continuación su poder sobre nuevos fundamentos.

CAPÍTULO II

Los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar

1. El legislador extraordinario *ratione materiae;* la segunda parte de la Constitución de Weimar como una segunda Constitución

La ley en el Estado legislativo parlamentario es la decisión correspondiente a la mayoría parlamentaria de ese momento; en la democracia directa es la voluntad correspondiente a la mayoría del pueblo de ese momento. En consecuencia, pertenece al principio de la mayoría democrática, en primer lugar, la momentaneidad y, en segundo lugar, la mayoría simple, o sea del 51 por ciento. Sin duda, en la mayor parte de las constituciones democráticas hay excepciones al principio de la mayoría simple; para ciertos casos se exigirá un quórum inferior; para otros uno mayor. Sin embargo, se ha de discernir si ello procede sólo con ocasión de desviaciones del principio de la simple mayoría referidas a cuestiones procedimentales (si se exige, por ejemplo, la mayoría cualificada de dos tercios para las discusiones a puerta cerrada según el art. 29 de la Constitución del *Reich* o sólo la de un tercio para el llamamiento del *Reichstag* según el art. 24 de la *Constitución del Reich*) o bien si la desviación se ha introducido para decisiones de contenido real, como una proposición del derecho material. Igualmente, la cuestión de la reforma constitucional (art. 76 de la Constitución del *Reich*) es sustancialmente distinta según se entienda la «Constitución» como un conjunto de reglas organizadoras y procedimentales o también como proposiciones de Derecho material. Solamente en los casos de normas de Derecho

material, la Constitución contiene una desviación y reforma manifiesta y fundamental del principio de la simple mayoría. En esos casos procederá siempre para dificultar no para aliviar la deliberación, de tal modo que se necesita una mayoría de más del 51 por ciento para una decisión de ley. En la segunda parte de la Constitución de Weimar esas desviaciones de derecho material en una escala histórico-constitucional sin precedentes son introducidas a través de la cuantiosas «ataduras», garantías, declaraciones de inviolabilidad, seguridades y otras determinaciones de derecho material. Esta segunda parte de la Constitución del *Reich* lleva el título inexacto y desorientador de: «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes». En realidad, es una parte heterogénea opuesta a la primera que organiza un Estado legislativo parlamentario, una segunda Constitución.

La desviación del principio de la mayoría simple se basa aquí en este punto, en que para las decisiones de ley de determinado contenido de derecho material se exige la mayoría cualificada de dos tercios del art. 76 de la Constitución del *Reich.* Si sólo consideramos aquí, a causa de su evidencia, el *Reichtag* como legislador ordinario y dejamos a un lado el derecho de veto del *Reichsrat,* en lo sucesivo es «seguro» que la decisión de ley debe adherir desde ahora el 66 a 66 por 100, en vez del 51 por cien. Pero, a través de esta diferencia de 15, el 66 por 100, (que considerado aritméticamente es únicamente una diferencia cuantitativa), se ha efectuado la elevación cualitativa perseguida e, incluso, una subversión en la legalidad del Estado legislativo parlamentario. Puesto que ahora se plantea la cuestión de cuál es propiamente la *ratio* de este recurso del 15, 66 por 100. ¿Sobre que se funda la cualidad y la dignidad de la cantidad añadida que es capaz de constituir contra el legislador ordinario un tipo más alto de legislador y una legalidad más fuerte? En que dejar la decisión a la mayoría simple como método de verificación de la voluntad fundamental no conculca el requisito de homogeneidad del pueblo democrático. Evidentemente, la exigencia del 15, 66 por 100 añadido es otra cosa.

Quizás cabe replicar que esto sólo procede para una cuestión práctico-técnica, especialmente interesada en dificultar las decisiones; el 66 o 67 por cien no es tan fácil de reunir como el 51 por cien. Entonces, únicamente interesa el entorpecimiento de las decisiones y quizás, unido a ello, la idea de una mejor probabilidad y una deliberación más justa. Esta explicación, que es absolutamente plausible, considerada más de cerca, no determina mucho más que el hecho de que el 66 cuantitativo es más que el 51, lo que es indudable pero objetivamente no alcanza al problema de la Constitución. La cuestión teórico-constitucional apunta hacía otra cosa, esto es, al grueso central del Estado legislativo, al legislador, al concepto de ley y de legalidad. Si a través del 15 por cien añadido se establece un nuevo tipo de legislador, la referencia a la mera dificultad de la deliberación no es concluyente cuando se prescinde de dotar de toda cualidad especial al 15 por cien y se deja a un lado el requisito democrático de homogeneidad. Si la mayoría simple y la cualificada son idénticas y constituyen uno y el mismo legislador, si procede no sólo para una modificación interna de medidas del reglamento interno, por así decirlo, entonces no se presenta ninguna contradicción entre norma inferior y norma superior. Las dificultades, que se consideran sólo como dificultades cuantitativas, pueden ser el inhibidor práctico más altamente negativo; éstas ni siquiera comprenden, generalmente, un principio de justicia y razón, ni un criterio específicamente constitucional, ni son especialmente algo democrático. En realidad, sería una clase extraña de «justicia» por la que una mayoría se manifiesta tanto mejor y justamente cuanto más aplastante sea, y que sostiene abstractamente el hecho de que 98 hombres maltraten a 2 como algo que no es, tan injusto como que 51 hombres maltraten 49. Aquí la matemática pura se convierte en pura inhumanidad. Con todo, tendría que afirmarse que tampoco es absoluta y particularmente democrático que la cualidad y el valor de la justicia de las decisiones de ley dependan del quántum mayoritario como tal, y que, así pues, sin mirar al contenido, la decisión con el 67 por cien de los votos se conciba como un norma superior en 16 grados a una decisión que sólo ha alcanzado el 51 por cien. La distinción entre leyes ordinarias y leyes superiores se funda en los casos que aquí intere-

san, no en el principio de quórum, sino en la voluntad de la Constitución; no obstante, por otra parte, según otros principios generales democráticos, la Constitución puede aprobarse por mayoría simple.

Así, la exigencia de ulteriores quántum de votos añadidos a la mayoría simple tampoco puede fundarse en principios democráticos, ni mucho menos en la lógica de la justicia, la humanidad y la razón, sino sólo en consideraciones práctico-técnicas de la situación concreta. Toda democracia de principios, también la parlamentaria, descansa en la supuesta homogeneidad continua e indivisible. Como se ha dicho, cualquier votación tiene únicamente, un sentido: promover no el acuerdo mayoritario y abusivo, sino la conciliación como modo de constatar la unanimidad que siempre debe existir en el estrato más hondo, a menos que se abandone la democracia. Siendo así, pues, puesto que en una democracia legítima en realidad no hay escisión permanente y organizada del pueblo en mayoría y minoría, tampoco existen intereses permanentes contrarios a la mayoría, dignos de protección y necesitados de protección. Ciertamente, la necesidad de protección puede ser bastante alta. Pero uno se tiene que concienciar que con ello se niega ya la democracia y de poco sirve esperar que una democracia «verdadera» y superior preserve la protección de las minorías. Tan pronto como el criterio de la dignidad y la necesidad de protección introduzca determinados intereses sustanciales y derechos fundamentales en la Constitución, no sólo se modifica el principio democrático, sino también un tipo esencialmente distinto de Constitución. A causa de ello, o bien la mayoría simple es antidemocrática o incluso expresa una desconfianza antidemocrática, o bien se excluyen de la democracia ciertos objetos, personas o grupos de personas, eximidos y, a continuación, privilegiados frente a la mayoría como comunidades extraordinarias más o menos exclusivas. Llevado a sus últimas consecuencias, el reconocimiento de determinados intereses y grupos amenazados por la mayoría dignos de tal necesidad de protección conduce a que los intereses o los grupos se substraigan del funcionalismo de los métodos de votación parlamentarios y democráticos de ese momento. La

consecuencia sería, así pues, la completa exención con *itio in partes* o el reconocimiento del derecho al éxodo y la secesión. Seguramente, no es lo que quiere decir la segunda parte de la Constitución de Weimar; ésta es sólo un fragmento de otro tipo de Constitución, la que se contrapone a la neutralidad en valores y contenido de una Constitución de un Estado legislativo democrático-parlamentario.

Si el objeto de protección por su valor intrínseco, quizás a punto, a causa de su carácter sagrado es protegido de la mayoría, significa que el hecho de que la protección en la que descansa este punto tenga que añadir al 51 por cien de la mayoría simple otro 16 por cien es, evidentemente, algo insuficiente y sólo un paliativo. Puesto que el 16 por cien añadido, por su parte, no es algo que atienda ya al objeto de protección por razón de su contenido; no se le conceden unas supuestas propiedades que lo distingen del restante 51 por cien. No tiene tampoco una relación específica y, en cualquier caso, objetiva y personal con el objeto de protección que pudiera justificar el imponer justamente el consenso sobre la intervención en este objeto y sobre la violación de la protección.

Esto no sucede cuando, por ejemplo, en la supresión de intereses especialmente garantizados de las sociedades religiosas, la representación de esa sociedad religiosa tuviera que ser escuchada y dar su consentimiento, o cuando los derechos de los funcionarios inviolables, legítimos y bien establecidos por el art. 129 de la Constitución del *Reich* no pudieran ser violados contra la voluntad unánime de los representantes de los funcionarios o de todos los diputados. Más bien, subsiste el cálculo aritmético-cuantitativo. Esto significa que, como sucede en la mayoría puramente aritmética, también en la mayoría cualificada se supone la homogeneidad absoluta, porque de lo contrario, según los principios de la aritmética primitiva válidos aquí, ni siquiera sería posible una suma. Bajo esta suposición de homogeneidad, no se deja que cuente otro cálculo de votos que el de la mayoría simple, por lo menos en relación con intereses y grupos determinados objetivamente. Si se está en contra de la suposición de la homogeneidad integral, si se reconoce que el con-

junto de los ciudadanos no puede ser ya uniforme sino pluralmente repartido en un conjunto de complejos heterogéneamente organizados, entonces tiene que admitirse también que contra tales complejos de poder heterogéneos pierde su sentido cualquier principio aritmético de mayorías. Solamente se pueden sumar justamente cantidades del mismo tipo. O bien un complejo de poder único cuenta con la mayoría necesaria sea simple o cualificada. En cuyo caso, entonces, todo lo que haga es legal, sin más, y no hay más protección para los demás partidos adversarios; el 15 o 16 por cien añadido no significa, entonces, una nueva justificación porque son homogéneos con el 51 por ciento de la mayoría simple, sino, al contrario: se acrecienta justificar la necesidad de protección de manera más fuerte; y la desconfianza contra la mayoría simple tendría que aumentar frente a una mayoría de dos tercios, ya que la mayoría más peligrosa es, evidentemente, mucho más peligrosa que la mayoría simple peligrosa. O bien la mayoría se lleva a cabo previamente a través de un compromiso de un complejo heterogéneo de partidos. Entonces, es ley del compromiso correspondiente al grupo heterogéneo de poder.

Pero así todo tipo de escrutinio integral es inadmisible, y la introducción de una mayoría cualificada de votos, en vez de la mayoría simple, significa sólo que el 15 o 16 por cien añadido es heterogéneo y logra, sin relación con lo que se ha mencionado, la posición clave que le permite reivindicar la contraprestación. Frente a un grupo conservador cristiano, por una parte, y uno radical cultural, por otra, un partido de clase media podría, por ejemplo, hacer depender su decisión de aprobar o denegar la eliminación del impuesto de arrendamiento de la aprobación de la descristianización y la secularización del Estado. Semejante tráfago político, como se sabe, es imaginable y posible en todos los tiempos y en todas las formas de Estado y, asimismo, muchos acuerdos entre los consejeros del ministerio de un príncipe absoluto y sus favoritos se basan posiblemente en motivos y puntos de vista bastante heterogéneos. Pero en la formación de las mayorías simples y, más aún, en las cualificadas de los Estados de partidos plurales, este tipo de «compromisos» se convierten en típicos y, por así decirlo, institucionales. Para los partidos más

pequeños y los medianos la praxis de semejante combinación es, como tal, una cuestión existencial. Ellos tienen también, como ha enfatizado insistentemente J. Popitz (*Deutsche Juristen-Zeitung* 1929, pág. 20), un interés por sostener el carácter de la ley para reformar la Constitución porque han tomado parte de la mayoría capaz de reformar la Constitución. Pero para la cuestión fundamental que interesa, aquí la variación del principio de la mayoría simple se convierte, sobre todo por eso mismo, en un problema particular porque, por razones de contenido real, la dificultad introducida en la formación de la voluntad tendría que seguir relacionada con el contenido merecedor de protección. Pero según la regulación actual, éste no es exactamente el caso. Esta falta de relación entre un motivo de dificultad de clara finalidad y un modo de dificultad completamente falto de finalidad es, precisamente, la plena contradicción de tales variaciones del principio democrático de la mayoría. Si no se tiene fe en la mayoría simple, entonces, según lo cambios en la situación, se logra quizás mucho, quizás también bastante menos, si se añade el porcentaje de votos. ¿Con qué derecho pueden éstos restablecer la confianza perdida? Si por razones reales determinados intereses y grupos deben ser garantizados, entonces se tienen que excluir del proceso de formación de la voluntad democrática a través de un régimen especial no ya democrático, o sea, deben eximirse y privilegiarse. No obstante, esto no es razón para que se extraigan por dificultades cuantitativas de los métodos aritmético-estadísticos del funcionalismo y, al mismo tiempo, se dejen dentro de ellos. De este modo, se abandona el principio democrático de la mayoría simple fundado en la supuesta homogeneidad sin proceder algún otro principio nuevo. Tal salida, como se ha dicho, puede ser reconocida a lo sumo como un paliativo práctico-técnico de una fase intermedia todavía poco clara.

No procede aquí la cuestión de si las garantías jurídicas materiales o las constituciones con una segunda parte como la de la Constitución de Weimar son razonables y legítimas. Lo son indudablemente. Pero son opuestas estructuralmente a la neutralidad axiológica del Estado legislativo parlamentario organizado en la primera parte y no

solamente lo traban, sino que también lo destruyen. En primer lugar, porque todos los tipos de garantía y determinación significan, sobre todo, una garantía frente al legislador simple, ordinario y normal, o sea, la mayoría parlamentaria, con lo que el fundamento hasta ahora retenido del Estado legislativo parlamentario, la fe incondicional en el legislador ordinario, es socavada, por así decirlo, por vías constitucionales. Además, la extensión de esta garantía jurídico-material de la segunda parte de la Constitución de Weimar es extraordinariamente amplia e indeterminada; y puede prolongarse aún más extensamente con ayuda de las «positivizaciones» y «actualizaciones» de los conceptos, principios y directrices de contenido indeterminado en la segunda parte. Pero, sobre todo, en el aspecto que interesa tratar aquí, este tipo de garantías jurídicas materiales crea cierta confusión en torno al funcionalismo del Estado legislativo (que continuaría activo de no ser por ellas); funcionalismo para el que es ley la voluntad de la mayoría de ese momento. Las garantías jurídico-constitucionales materiales deben, precisamente, preservar de la momentaneidad instantánea del legislador ordinario, asegurar un determinado contenido ante la falta de contenido axiológico suministrada por el funcionalismo de las mayorías que deja en manos de la mayoría de ese momento todos los valores de contenido material, mientras que en sentido contrario el procedimiento legislativo de la democracia parlamentaria debe estar abierto a cualquier contenido, opinión, aspiración y propósito. Aparentemente interviene, pues, debido al requisito de la mayoría dificultada, un nuevo tipo de momentaneidad e instantaneidad: la ley superior (ley constitucional) es, entonces, simplemente, la voluntad de la mayoría de dos tercios de ese momento. Pero este tipo nuevo y «superior» de momentaneidad está en contradicción con el primer tipo «inferior», porque no está vacía de contenido y no es neutral a los valores y, por eso, tampoco puede ser pensada de manera funcional. Ésta prescinde de que la Constitución misma pone de relieve determinados contenidos de valores, incluso impone instituciones y disposiciones sagradas, como el matrimonio (art. 119) y la práctica religiosa (art. 135), que deben alzarse bajo la «protección de la Constitución» misma; mientras que la momentaneidad del funcionalismo del Esta-

do legislativo parlamentario con su neutralidad axiológica incondicional, también quiere disponer de la facultad de suprimir esas instituciones sagradas. En apariencia, es absolutamente contradictorio, por una parte, aquel «énfasis de valores», aquel «sistema de fines» en cuanto al contenido (R. Smend), o como se quiera denominar a las disposiciones pensadas no de manera funcionalista sino de contenido objetivo y sustancial de la segunda parte de la Constitución; y, por otra parte, frente así mismas su funcionalismo incondicional, indiferente y neutral, según la interpretación dominante del art. 76, propio del sistema de legalidad de la primera parte orgánica. No se puede colocar al matrimonio, la religión y la propiedad privada libremente bajo la protección de la Constitución y ofrecer en la misma Constitución el método legal para apartarse de ellas. De la misma manera, no se puede rechazar libremente un «radicalismo cultural» sin fe y, sin embargo, dejar abiertas todas las «válvulas» legales y la igualdad de oportunidades (*chance*). Y es un pretexto mezquino, incluso inmoral, legitimar que el distanciamiento del matrimonio o de la iglesia es ciertamente posible de forma legal, pero que ojalá no sean las mayorías simples o de dos tercios las que supriman de manera legal el matrimonio o verifiquen un Estado ateo o laico. Si la legalidad reconoce tal posibilidad —evidentemente, por el dominante funcionalismo de la ley y el concepto de ley constitucional—, entonces cualquier reconocimiento de la parte segunda de la Constitución es, de hecho, reliquia que «marcha al vacío». La teoría y la práctica jurídicas de tal Constitución se encuentran en esta alternativa: o abandonan la neutralidad axiológica consecuente de la parte orgánica —jurídica, moral o política— o bien el «sistema de fines» de la segunda parte de la Constitución. Puesto que la Constitución es un conjunto; para su rutina administrativa y judicial completamente subalternas, los efectos cercanos y los «remotos» de sus axiomas son indispensables. Entre la neutralidad axiológica básica del sistema de legalidad funcionalista y el énfasis esencial de los valores de las garantías constitucionales de contenido, no hay una línea intermedia. Al menos el funcionalismo de la mayoría dificultada sería un «compromiso» razonable. Quien en la cuestión neutralidad o no neutralidad quiera permanecer neutral, tiene que decidirse, cierta-

mente, por la neutralidad. El sostenimiento de los valores y la neutralidad de valores se excluyen el uno al otro. Frente al sostenimiento de valores seriamente entendido, la afirmación de la neutralidad de valores, también seriamente entendida, significa una negación de los valores.

Donde se distingue mejor que la neutralidad axiológica básica e incondicional del sistema de legalidad funcionalista vigente es elemental para la opinión expresada (que es la considerada de manera dominante) es en el Comentario a la Constitución del *Reich* realizado por G. Anschüzt (14.ª ed., 1932, págs. 404 y ss.). Este célebre comentario de un maestro reconocido califica con especial énfasis como «nueva teoría» y «una clase distinta de teoría» a la opinión sustentada por los autores de Teoría del Derecho del Estado actual por la que debe imponerse algún límite a la reforma constitucional según el art. 76 de la Constitución del *Reich.* Tanto los argumentos como las delimitaciones de estas «nuevas teorías», siempre numerosas y bien situadas (H. Triepel, C.Bilfinger, E. Jacobi, O. Koellreutter, H. Gerber, O. Bühler, R. Thoma, W. Jellinek, K. Loewendstein y otros) son entre sí diferentes. La diferencia primera y más importante podría consistir en que, bien avenido, algunos autores entienden los contenidos sustanciales como sacrosantos; lo contrario de otros, sobre todo R. Thoma y también W. Jellinek, que consideran inviolables sólo ciertos requisitos del concepto interno esencialmente necesarios para el sistema de legalidad, por lo demás axiológicamente neutral, digamos un mínimo del concepto de ley objetiva, la igualdad de oportunidades (*chance*), la libertad de discusión y el derecho de sufragio activo y pasivo. R. Thoma, especialmente, querría descalificar de «ilusoria» la concepción de Carl Bilfinger y la mía sobre el artículo 76 (*Handbuch des deutschen Staatrechts* II, pág. 154) diciendo que las decisiones que reprimen la libertad de conciencia o «pisotean algunos de los principios que, en general, el cosmos cultural actual —con la excepción del fascismo y el bolchevismo— tiene por sagrados», podrían ser opuestos a la Constitución, a pesar del apoyo de la mayoría capaz de reformar la Constitución. Aquí es sagrado, al menos todavía, el propio sistema de derecho burgués con sus leyes y su con-

cepto de libertad y la neutralidad axiológica liberal como un valor apreciado, y se ha afirmado abiertamente al adversario político —fascismo o bolchevismo—. En Anschütz, por el contrario, la neutralidad axiológica marcha desde un sistema de legalidad funcionalista hasta una neutralidad absoluta contra el mismo sistema, y ofrece a la vía legal la posibilidad de suprimir la legalidad misma, marchando en su neutralidad hasta su mismo suicidio. Todo lo que se acuerda por la vía de la ley ordinaria o de reforma constitucional es absoluta e incondicionalmente legal, y lo verdaderamente importante es, como Anschütz mismo afirma, es que esto se refiere a «todo sin distinción de contenido ni de trascendencia política».

Si esta es la «vieja» teoría dominante, entonces no hay un objetivo anticonstitucional. Todo objetivo revolucionario o reaccionario, subversivo, enemigo del Estado y de Alemania o ateo se permite y puede conseguirse y no puede ser privado por vía legal de una oportunidad (*chance*). Cualquier incapacidad y entorpecimiento de esta oportunidad (*chance*) sería anticonstitucional. Yo quisiera destacar frente a los dictámenes y sentencias judiciales sobre la legalidad o ilegalidad de las organizaciones nacionalsocialistas, sobre la apreciación de pertenencia a tales organizaciones conforme al Derecho de los funcionarios y al Derecho del trabajo, sobre el «carácter pacífico» de sus reuniones, etc. que, para los nacional-socialistas, los comunistas, los ateos, la respuesta definitiva a este tipo de preguntas, si debiera ser objetiva y jurídico-científica, no debería ser de ningún modo especificada a través de artículos aislados de la Constitución, por ejemplo, el art. 118 (libertad de expresión) o 130 (libertad de opinión política de los funcionarios), ni incluso especificada a través de disposiciones de leyes conyunturales u ordenanzas de necesidad, sino a través de esta concepción fundamental del sistema de legalidad y especialmente del artículo 76 de la Constitución del *Reich*.

En el tratado «Der Hüter der Verfassung» (Tübingen 1931, pág. 113) todo esto está presente en el debate sobre la expresión «neutralidad» y sus distintos significados. «De esta concepción dominante del art. 76», se dice allí, «la Constitución de Weimar recoge su sus-

tancia política y su fundamento y la convierte en un procedimiento de enmienda neutral indiferente a todo contenido, particularmente frente a la forma de Estado vigente de ese momento. Absolutamente a todos los partidos se les concede de manera imparcial igualdad de oportunidades (*chance*) para procurar las mayorías que son necesarias para alcanzar su objetivo y promover otra Constitución con ayuda del procedimiento válido de reforma de la Constitución —así en el caso de la república soviética, el *Reich* nacional-socialista, el Estado sindical económico-democrático, el Estado corporativo gremial, la monarquía al viejo estilo, la aristocracia de cualquier tipo—. Todos los favores realizados por la forma de Estado vigente o incluso por los partidos democráticos gobernantes de ese momento, sea a través de subvenciones para la propaganda, boletines oficiales, servicio de censura filmatográfica, extorsión de los actos de los partidos políticos o la afiliación de los funcionarios a partidos (en el sentido de que el partido gobernante consiente a los funcionarios sólo la afiliación a su propio partido político o a otros no muy alejados políticamente), la prohibición de reunión a los partidos extremos, la distinción de los partidos legales y revolucionarios según su programa, son equivocaciones e incitantes violaciones constitucionales en el sentido de la concepción dominante del art. 76 llevada hasta sus últimas consecuencias. Para la «vieja» teoría dominante no pueden existir partidos, movimientos, organizaciones, asociaciones, etc. en razón a sus objetivos o contenidos de sus pretensiones. En este sentido tiene razón Häntzschel (*Archiv des öffentlichen Recht.*, vol. 20, pág. 385) frente a O. Koellreutter (*Parteien un Verfassung im heutigen Deutschland*, 1932, pág. 32) que quiere derivar la ilegalidad del fin revolucionario. Desde este punto de vista de la neutralidad axiológica del sistema de legalidad funcionalista de la primera parte de la Constitución, la consecuencia está de parte de Häntzchels. Si el partido mayoritario de ese momento —o coalición de partidos— quiere declarar como ilegal al partido adversario y sus organizaciones como tales, entonces puede hacerlo únicamente bajo abuso de su poder legal. Con ayuda de un procedimiento para pedir responsabilidades, bastante interesante desde el punto de vista histórico-jurídico, las organizaciones se convierten, así, en responsables por los actos crimi-

nales de miembros singulares de la organización como tal; luego, sobre la base de su responsabilidad colectiva, un partido, coalición, organización, etc. como tales se consideran ilegales, lo que de nuevo repercute —especialmente en derecho penal, de los funcionarios y del trabajo— sobre todos miembros singulares de la organización, sobre los «actos» de los funcionarios o de los ciudadanos singulares. Tales represiones del partido adversario pertenecen a la recompensa política de la posesión del poder legal explicada más arriba (págs. 30 y ss.). Pero, también, pertenecen a las razones en parte evitables, en parte inevitables del desplome de ese mismo sistema de legalidad al completo.

La Constitución de Weimar está hendida literalmente entre la neutralidad axiológica de su primera parte y el acopio de valores de su segunda parte. La dificultad se vuelve mayor e insoluble porque en la segunda parte junto a las determinaciones de valores realmente «positivas» y «actuales» están igualmente señalados los fines sustanciales que no son positivos y actuales, sino que deben ser positivizables y actualizables a través de la legislación, la administración y la práctica jurídica. Como sucede, asimismo, aunque de otro modo, en otras cuestiones de esta Constitución, ambas son indecibles y contrapuestas. Es una cuestión de ulterior desarrollo el saber quien logrará con la utilización de la oportunidad legal y especialmente con la utilización de la recompensa política la posesión del poder legal y el manejo de la Constitución de Weimar como instrumento y medio para conseguir el fin del partido. Sin duda, es concebible psicológicamente que se abandone a tal escala una teoría y una práctica jurídica formal y funcionalista, como la del funcionalismo de ese momento y momentáneamente la mayoría simple de la Constitución de Weimar, y no se sea capaz de reconocer la segunda parte de la Constitución de Weimar como una segunda parte, sino como otra Constitución, que se huya forzosa y conscientemente a otra etapa de este funcionalismo que conserva el funcionalismo sin sustancia del Estado legislativo parlamentario, incluso frente a las garantías de contenido del sistema de fines sustanciales de la segunda parte de la Constitución y, simplemente, se salven la totalidad de las concep-

ciones de la «omnipotencia del legislador» ahora bastante más decisivas en la concepción de la omnipotencia de otro legislador para modificar la Constitución. Es más, se considera demostrado que es lógico, práctica y completamente imposible que se traslade el funcionalismo de la mayoría simple a una de tales mayorías difíciles. Las dificultades se dirigen,. sobre todo directamente, contra la momentaneidad y la instantaneidad de la mayoría simple. Por ello, en el caso de las garantías constitucional y legalmente tomadas en consideración aquí, se trata de proteger intereses y bienes de contenido objetivamente determinado y generalmente de rechazar a su favor el funcionalismo y su neutralidad axiológica, pero sin establecer el nuevo tipo de funcionalismo de una mayoría de dos tercios. Asimismo, si por razones de necesidad se debiera mantener abierta la intervención en los intereses garantizados y declarados «inviolables», no quiere darse a entender de esta forma que para los intereses inviolables del legislador capaz de reformar la Constitución debería funcionar de forma análoga un legislador ordinario como el de los demás Estados legislativos, es decir, un legislador con la mayoría parlamentaria simple. Lesionar intereses que la Constitución misma declara inviolables nunca puede ser competencia normal, o sea, establecida constitucionalmente de manera razonable. Sin embargo, tampoco se puede hablar en un Estado legislativo parlamentario de «mayorías de dos tercios de ese momento» como se habla de la «mayoría simple de ese momento». Una mayoría simple de ese momento debe existir siempre si ese sistema de legalidad funciona en general, mientras que sólo puede pensarse la existencia de una mayoría de dos tercios como excepción, porque, de lo contrario, la calificación de la mayoría no sería obstáculo. A decir verdad, puede darse como modelo un Estado legislativo parlamentario que funcione con mayorías parlamentarias simples, pero no un Estado legislativo constitucional que funcione con mayorías de dos tercios.

La misma consideración aritmética abstracta demuestra que el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario con la introducción de tales garantías jurídico-constitucionales materiales

implica una contradicción y el abandono del criterio funcionalista de la momentaneidad instantánea. La mayoría de dos tercios exigida para la aprobación de leyes constitucionales considerada en un determinado instante según el art. 76 de la Constitución del *Reich* puede aprobar normas jurídicas materiales con fuerza de ley constitucional y, de este modo, reducir el alcance del poder del legislador ordinario, es decir, la mayoría simple. Y, así, se abandona el principio de la mayoría simple y se exigen mayorías más fuertes, a la vez que también se destruye el principio funcionalista de la momentaneidad. Luego, la mayoría de dos tercios de ese momento puede construir sobre sí misma y sobre su momentaneidad criterios y vínculos imaginables y duraderos que, bajo cualquier criterio imaginable, son injustos y sin sentido. Puede imponer límites de manera no democrática o incluso anti-democrática a la voluntad del mismo pueblo, cuando no existe ya una mayoría. Si la cifra total de los diputados es 600, entonces 400 votos podrían proceder a la inmovilización jurídico-material con eficacia de ley constitucional, por ejemplo, al dictar una prohibición del alcohol. Si, yendo más lejos, la cifra de los prohibicionistas desciende por debajo de 301 y, por tanto, también de la mayoría simple, entonces según la cifra de votos de ese momento la prohibición del alcohol no podría haber sido dictada, pero a pesar de todo queda como premio de repercusión duradera sobre una mayoría de dos tercios conseguida una vez con anterioridad; la prohibición del alcohol misma continúa aún luego cuando la parte contraria con más de 300 votos reclame su abolición. A esta no le vale tener ya mayoría simple hasta que no logre, de nuevo y por otro lado, la mayoría de dos tercios de 400, mientras a los prohibicionistas no perjudica tener ya la mayoría simple. La cifra de prohibicionistas podría descender por debajo de los 201, los restantes 399 de lo votos podrían estar en contra. El contenido de la voluntad de 201 obliga ya a la voluntad de los 399, y sencillamente por lo mismo, por la violación del criterio funcionalista de la momentaneidad y la instantaneidad, se ha introducido una especie de recompensa a la mayoría cualificada conseguida anteriormente que contemplada democráticamente es de espíritu adverso e inmoral.

La introducción de normas difíciles de modificar comprende, así, una invitación a sacar partido de semejantes premios y, además, a prolongar abusivamente el poder de ese momento más allá de la duración de la mayoría de ese momento. Esto es evidente cuando la garantía jurídica constitucional material asegura una posición jurídica objetiva que ha sido creada a través de ley ordinaria o incluso mediante un mero acto administrativo. Así, por ejemplo, el partido gobernante puede ocupar para sí con mayoría simple y a través de sus funcionarios el aparato administrativo y judicial con el efecto de que esta ampliación de poder se asegura, igualmente, por la garantía de ley constitucional establecida por el art. 129 de la Constitución del *Reich* de los derechos adquiridos de los funcionarios frente a la mayoría sucesiva del partido adversario. Además, tales prolongaciones temporales del poder legal más allá de la duración de su momentaneidad son posibles, como se ha indicado más arriba, con mayorías simples instantáneas para un estadio intermedio de mayorías indecisas. Sin embargo, aquí se trata de unir una mayoría vigente en ese momento y una mayoría no ya vigente, sino anterior, porque la fijación de la ley constitucional tiene como consecuencia una desautorización y una destrucción básica del principio de mayorías. En la introducción de mayorías cualificadas existe una contradicción frente al principio del Estado legislativo democrático parlamentario que, en definitiva, queda tan lejos que la legalidad misma como principio legal queda descartada en sus consecuencias últimas, pero formalmente lógicas. La mayoría de dos tercios para la reforma de la Constitución podría aprovechar su mayoría de ese momento para aprobar con fuerza constitucional que determinados intereses y personas en el futuro queden también protegidos frente al 100 por ciento de los todos los votos y que, generalmente, determinadas normas sean irreformables mediante cualquier tipo de mayoría o unanimidad. Para un pensamiento formalista sin objeto (esto es, legal) en el régimen mejor, esto no se descarta de manera legal para toda la eternidad.

Del hecho que la segunda parte de la Constitución de Weimar con sus garantías comprenda una Constitución contraria, se dedu-

ce, en primer lugar, la contradicción de la proclamación de valores y la neutralidad axiológica del sistema constitucional. Sin embargo, la contradicción principal es, asimismo, una contradicción directamente orgánica y estructural, esto es, la que se produce entre un Estado judicial y un Estado legislativo parlamentario. Una Constitución de leyes jurídico-constitucionales materiales que tienen más alcance que las leyes ordinarias elaboradas, no reforma sólo el principio de la voluntad de la mayoría de ese momento y, a continuación, el principio de legalidad en el que se basa; antes bien, modifica el presupuesto del conjunto estructural de tal Estado legislativo. En un Estado legislativo dominante como uno de normas generales (previamente determinadas y, por consiguiente, duraderas), la ley y la aplicación de la ley, el legislador y el poder público que aplica la ley tienen que afrontar distanciada y determinantemente la «diferenciación de poderes» de la organización estructural del Estado. Normalmente, la ley en un Estado legislativo tiene que ser una ley ordinaria y una operación medianamente normal de la vida estatal. Afortunadamente, no puede decirse lo mismo de una reforma constitucional en condiciones ordinarias. Aprobar una ley constitucional, el tipo superior de ley, es, como se ha mencionado, una operación extraordinaria. Aunque sea por esta razón en tal Estado legislativo el legislador constitucional no puede entrar simplemente en las funciones del legislador ordinario si su posición está afectada por la inclusión de normas superiores. La distinción de leyes superiores y ordinarias tiene, forzosamente, efectos estructurales consecuentes, indiferentemente de si éstas están previstas y regladas en la Constitución misma o si resultan de la práctica jurídica y administrativa como consecuencia más o menos planificada de las mismas. Donde hay en gran medida un determinado conjunto de derecho material como un complejo de tipo superior que se opone al derecho material del legislador ordinario como un conjunto de tipo inferior, y esta distinción descansa directamente en la sospecha frente a las inferiores, es decir, frente al legislador ordinario, el conjunto superior de normas se protege necesariamente del legislador simple ordinario con instituciones orgánicas concretas. Puesto que ninguna norma, ni una superior ni siquiera una inferior, se interpreta y se aplica, se protege o se salva-

guarda así misma; ninguna validez normativa se hace válida así misma; y tampoco hay —cuando no quiere entrarse en metáforas o alegorías— una jerarquía de normas, sino sólo una jerarquía concreta de hombres e instancias.

Estructuralmente, el Estado legislativo esta caracterizado de este modo por el hecho de que la norma y su cumplimiento se separen y se diferencien. Por esto, el propio sistema de legalidad surge de lo que se dice con algo de razón, esto es, de que en él ningún hombre o poder público ni tampoco un cuerpo legislativo manda, sino que sólo rigen las normas desligadas de éstos. Este sistema puede estructurarse bajo requisitos completamente determinados y razonables en una situación. Sin embargo, no puede construirse, al menos no como Estado legislativo, cuando en el único concepto de norma recogido se introduce seriamente una diferencia cualitativa, cuando se imponen determinadas diferencias por razones de contenido entre un legalidad superior e inferior. Ciertamente, el Estado legislativo, cuando no quiere desaparecer en un funcionalismo vacío de fin y objeto, tiene que aferrarse a determinadas cualidades de su concepto de ley, pero sin ser éstas contenidos jurídicos materiales. Siempre que esto sea así, es neutral en cuanto al contenido. Sin embargo, a través de cualquier diferenciación basada en el contenido, no se degrada únicamente, dentro de las normas jurídicas materiales, una norma inferior como norma, sino que se ponen también en contraposición, de una parte, la ley y, de otra, la aplicación de la ley y, aún de otra, la separación en la que se basa esencialmente la estructura orgánica del Estado legislativo parlamentario en cuestión. De lado y en manos de la aplicación de la ley, se hallan sobre todo los casos tanto de aplicación de normas superiores como de normas inferiores en los que es posible que en la sucesión de poderes públicos encargados de la aplicación de la ley se haga valer la norma superior por la autoridad inferior frente a la autoridad jerárquicamente superior. Entonces, cuando no se crean las instituciones propias para la protección de la ley superior frente a la ley inferior y se quebranta de esta manera la base estructural del Estado legislativo parlamentario, por así decirlo, la cuestión de las autoridades encargadas de

la aplicación de la ley en los tribunales, el gobierno o la administración, la ley ordinaria pasará a manos de una ley superior, con motivo de su actuación oficial en sus límites competenciales que son, presuntamente, «sometidos» a ley ordinaria. Se ve, sin más, que aquí todo depende del tipo y de la extensión, de la cifra y de la estructura, de la determinación o de la indeterminación de cualquier norma superior, y que a mayor número y mayor contenido de esas normas superiores no se limita y reduce cuantitativamente sólo el ámbito de aplicación de la legislación inferior, sino que en igual medida también aumenta más allá del legislador normal el poder de los poderes públicos de aplicación de la ley, es decir, el ejecutivo y el judicial. La manera en que el ejecutivo y el judicial se comportan uno con el otro, si uno obedece o se somete al otro, o si también aquí se produce una contradicción, es de otra cuestión. Por lo que atañe al legislador ordinario, quizás se someta en tal caso a la legalidad superior validada por la aplicación de la ley por el judicial, el gobierno o la administración, es decir, revoca su ley, otorgada otras y reconoce de esa forma al nuevo guardián de la Constitución como la instancia más alta; no obstante, solamente encuentre apoyo de una parte de los aparatos de aplicación de la ley, por ejemplo, del gobierno frente al judicial o del judicial frente al gobierno, e insista en su punto de vista. En el primer caso, el Estado se pasa de un Estado legislativo a ser un Estado mitad jurisdiccional, mitad gubernativo o administrativo, según la autoridad que maneje el tipo superior de legalidad; en el otro caso, se construye una hilera de complejos de poder autónomos e independientes unos de otros, que en una yuxtaposición variada se aferran a su punto de vista, mientras la necesidad o la fuerza de una decisión uniforme no termine con este tipo mixto de ente estatal. En todo caso, el Estado legislativo se disuelve hasta en sus fundamentos estructurales mediante el desdoblamiento del sistema de legalidad en un tipo superior y un tipo inferior de legalidad —a pesar de que, aparentemente, sólo existe una diferenciación aritmética cuantitativa de las mayorías por votación—. Las escisiones, los entorpecimientos y los equilibrios dentro de un procedimiento legislativo, como el sistema bicameral y otras complicaciones no derogan el Estado legislativo, en tanto que retengan el valor de ley cua-

litativo y unitario. La distinción entre leyes jurídicas materiales superiores e inferiores, contrariamente, desplaza al legislador de su posición central normadora, a través de lo cual el Estado, en general, se convierte primeramente en Estado legislativo. La distinción penetra como un cuchillo dentro de la estructura orgánica global del Estado legislativo y, por esta razón, lo organiza para que en ese sentido, más allá de la aplicación y puesta en vigor de la legalidad superior y, en consecuencia inevitablemente superior, origine en lo sucesivo instancias y organizaciones por encima del legislador ordinario.

Todos los conceptos específicos del Estado legislativo, como el imperio de la ley, la omnipotencia, la supremacía y la reserva de ley, siempre tienen en cuenta únicamente al legislador ordinario y a la Constitución que no comprende normas jurídicas materiales, sino una parte de derecho fundamental que garantiza, en general, la esfera de libertad ciudadana y que se enfrenta como tal a una parte orgánica que regula el procedimiento de formación de la voluntad. La supremacía de la ley es una supremacía frente a la aplicación de la ley; la reserva de ley es una reserva general frente a un derecho de libertad general. La supremacía de ley capaz de reformar la Constitución, por el contrario, es una supremacía de una ley frente a otro tipo de ley; es una reserva que escinde la esfera de ley, es una supremacía de un tipo de legalidad superior frente a un tipo inferior; y una reserva a favor de determinados intereses y objetos de protección sustanciales, fijada por leyes constitucionales que amparan un derecho material y unos derechos adquiridos de grupos particulares. La ley constitucional de contenido jurídico material se separa también tanto de las proposiciones fundamentales del Estado legislativo parlamentario como de la Constitución democrática. Es cualitativamente distinta de le ley ordinaria simple y, con ello, apunta igualmente a que es posible que se atribuya a la reforma constitucional los conceptos y las fórmulas para la ley ordinaria en el Estado legislativo del siglo XIX, sin modificar las bases del mismo Estado.

Desde la teoría del Estado y la Constitución se llega a la conclusión de que junto a la conocida distinción entre Estados con una

Constitución escrita y Estados sin Constitución escrita existe otra distinción que no es menos decisiva entre Estado con una normativa de medidas orgánicas procedimentales y otros Estados cuya Constitución incluye amplias determinaciones y garantías jurídicas materiales. En realidad, son Estados con dos tipos de Constitución en principio orgánica y estructuralmente distintas entre sí e incluso antagónicas. Realmente, debería ser evidente que los tipos de entes estatales se determinan a través de sus derechos básicos fundamentales, y que el derecho general de libertad del Estado burgués de Derecho construye con su reserva de ley ordinaria simple otro tipo de ente estatal con una rigidez constitucional jurídico-material especial que se establece bajo «reserva» de leyes de reforma constitucional. Los derechos generales de libertad delimitan la estructura social de un ordenamiento individualista cuya normativa orgánica del «Estado» tiene que servir para su conservación y defensa. De este modo, son principios realmente fundamentales y, como se podría afirmar de los principios de 1789, «son el fundamento de todo el ordenamiento público» (*la base du droit public*). Comprenden una majestuosidad supra-legal que se levanta por encima de toda su normativa jurídica constitucional o normativa ordinaria puesta al servicio de su protección. Poseen, como ha explicado el eminente teórico de derecho público del Estado Maurice Hauriou (*Précis de droit constitutionnel*, 1923, pág. 297), una «superlégalité constitutionelle» que no sólo sirve más allá de las leyes ordinarias generales, sino también de las leyes constituciones escritas y su eliminación concluye mediante leyes de reforma constitucional.

Estoy de acuerdo con la opinión de Hauriou de que todas las constituciones reconocen tales «principios» fundamentales, de que pertenecen a un «sistema constitucional» básicamente inmutable, como así lo ha denominado Carl Bilfinger, y que el sentido de las disposiciones constitucionales sobre la revisión constitucional no es el establecer un procedimiento de supresión del sistema de organización que debe estructurarse a través de la Constitución. Si una Constitución prevé la posibilidad de revisión constitucional, no quiere proporcionar con ello un método legal de supresión de su pro-

pia legalidad, ni muchos menos un medio legítimo de destrucción de su legitimidad. Pero también, a parte de lo que se ha apuntado más arriba (pág. 46), las cuestiones sobre los límites de una revisión constitucional no pueden ignorar la diversidad de los derechos burgueses generales de libertad y las garantías especiales de contenido jurídico-material. La segunda parte de la Constitución de Weimar contiene lo que raramente es un hecho consciente en su total heterogeneidad hasta el momento, esto es, algunas yuxtaposiciones de distintos tipos de legalidad superior y de un elemento de contra-Constitución. Por lo tanto, aquí hay dos «principios» y «sistemas» distintos. Para el derecho público alemán de la actualidad que tiene que enfrentarse con esta contradicción y que querría continuar la vía intermedia del funcionalismo libre de valores, se incorpora, por consiguiente, el resultado curioso de que los principios fundamentales del Estado burgués de Derecho de la libertad general y la propiedad solamente tienen el 51 por ciento «inferior» de legalidad, y los derechos de las asociaciones religiosas y los funcionarios (y afortunadamente en la actualidad también los de los sindicatos) tienen por el contrario la legalidad «superior» del 67 por ciento. Además, se deducen, otros efectos para la estructura global que hacen inevitables las instituciones y los elementos de poder de un Estado gubernativo, administrativo o jurisdiccional frente a un Estado legislativo.

2. El legislador extraordinario *ratione supremitatis.* Su significación intrínseca: la legitimidad plebiscitaria en vez de la legalidad del Estado legislativo

En la misma Constitución de Weimar el primer impulso dado que conmociona al Estado legislativo parlamentario se halla en la introducción de garantías constitucionales jurídico-materiales a través de la cuales la neutralidad axiológica y —claramente la legislación— y el carácter abierto hacía los valores del sistema de legalidad, conculcan en contra de un contenido establecido asegurado, y el legislador se escinde en un legislador extraordinario superior y en un legislador ordinario inferior. En la fisura provocada en el Estado le-

gislativo parlamentario penetran elementos de un Estado jurisdiccional que actúan de maneras distintas, principalmente a través del control de garantías de la razonabilidad de leyes ordinarias, pero siempre con el efecto de que se aumenta y profundiza continuamente la descomposición. Este tipo de introducción de un legislador extraordinario significa una modificación de determinado tipo de Estado concebido primariamente a través de la posición predominante del legislador. Sin embargo, la Constitución de Weimar comprende todavía una segunda relativización y problemática respecto al legislador parlamentario ordinario y su sistema de legalidad al implantar el procedimiento legislativo de una democracia directa plebiscitaria. Junto a los cuatro casos de referéndum (art. 73, sec. 1; 73 sec. 2; 74 sec. 3; 76 sec. 2) que son incorporados en el procedimiento legislativo parlamentario y en lo cuales una cuestión es votada directamente por el pueblo como la instancia última de resolución de conflictos que se manifiesta al final del procedimiento legislativo parlamentario, se introduce a través del art. 73 sec. 3 un procedimiento legislativo popular independiente, propio de la democracia directa, que marcha paralelamente al procedimiento legislativo parlamentario ordinario y en el cual se elabora una ley por petición del pueblo mediante una decisión popular. Las garantías jurídico-materiales de la segunda parte constituyen un legislador extraordinario, supra-ordenado frente a uno ordinario e infra-ordenado, ciertamente para la protección de determinados intereses y objetos por su contenido, *ratione materiae*; por el contrario, aquí el pueblo se manifiesta como el legislador extraordinario frente tanto al Parlamento y su extraordinariedad como a su supra-ordinariedad deducida *ratione supremitatis* de su cualidad de soberano.

Edwin Jacobi ha apuntado en un exposición extremadamente consecuente (*Reichsgerichts-Festgabe der juristischen Fakultäten*, 1929, I, págs. 233-277) que en un ente estatal democrático la voluntad del pueblo expresada en votación directa tiene que estar supraordenada a toda manifestación mediata de la voluntad del pueblo, también a la decisión de ley del Parlamento; por consiguiente, una ley elaborada a través de una decisión popular no podría ser anulada o mo-

dificada mediante decisión de ley del *Reichtag*. Esto es lógico en relación a los principios de un ente estatal democrático. Al mismo tiempo, puede quedar por debatir si la misma voluntad expresada en la votación general del pueblo es, en todo caso, la soberana y, ciertamente, la soberana directa, o si se alza sólo, como ha afirmado Jacobi, como «muy cercana de ser soberana». Pero la Constitución de Weimar deja que continúe, junto a los casos de decisiones plebiscitarias extraordinarias, el Estado legislativo parlamentario en su organización global, cuyo sistema de legalidad tiene otra lógica a la democracia plebiscitaria. La Constitución de Weimar no comprende solamente en su segunda parte una segunda Constitución opuesta a la primera parte, sino igualmente una primera parte que organiza el Estado legislativo. Incluye dos sistemas distintos y yuxtapuestos de legalidad parlamentaria y legitimidad plebiscitaria. Por esta misma razón no es lógico para tal Constitución, para sus «leyes», que todas las decisiones tomadas mediante decisión popular comporten un poder legal superior, como el de la ley elaborada a través de la decisión parlamentaria. En mi opinión, esta conclusión sólo sería cierta e indudable si la Constitución hubiera establecido definitivamente el sistema plebiscitario de la democracia directa en lugar del Estado legislativo parlamentario y su sistema legalidad. Indudablemente, no lo quiso. Mientras se organizaba únicamente una «democracia constitucional», se buscó permanecer fiel a la idea de un Estado legislativo parlamentario que valiese en virtud de una tradición centenaria como el Estado constitucional, lisa y llanamente. Por otra parte, se convirtió libremente al pueblo en legislador al darle capacidad para tomar decisiones directas plebiscitarias. Con todo, la normativa quedó encerrada en una oscuridad y parcialidad llena de contradicciones. No sólo porque también se ha conectado realmente al procedimiento legislativo popular (del art. 73, sec. 3) una decisión del Parlamento en la que de nuevo el Parlamento alcanza a deducir la posibilidad de ese procedimiento legislativo plebiscitario en el procedimiento parlamentario; sino, sobre todo, por esta razón: porque las distintas decisiones calificadas con la mismas palabras de «decisiones populares», según el procedimiento legislativo en las que se deciden, son variadas y en breve incorporadas en el sistema de lega-

lidad del Estado legislativo parlamentario, si bien de manera especial tienen el valor específico propio del acto de voluntad plebiscitario. Los cuatro casos de decisiones de referéndum para la resolución de conflictos, en las cuales la decisión del pueblo, al final, surge del procedimiento legislativo parlamentario (art. 73, sec. 1; 73, sec. 2; 74 sec. 3 y 76 sec. 2), se integran en este procedimiento; el pueblo que vota de forma directa se usa aquí como una instancia del procedimiento legislativo parlamentario y, como ya se ha afirmado más arriba, las diversas instancias (gobierno, primera y segunda cámara, rey y otros) podrían tomar parte en el procedimiento legislativo sin que de este modo se afectara el sistema del Estado legislativo parlamentario.

Tampoco es lo mismo aquí, en relación al fundamento democrático, si el rey o el pueblo afrontan la «representación del pueblo». La lógica de la democracia tiene que hacer retroceder siempre la representación popular frente al pueblo que representa, según el argumento conocido y particular de Rousseau de que el representante ha de silenciarse cuando habla el mismo representado. Sin embargo, este es un argumento propio de la democracia directa, plebiscitaria y no-representativa. Cuando realmente no procede y no se encuentra fe alguna en la representación del Parlamento, el proceso plebiscitario es siempre más fuerte. No obstante, la repercusión de esta supremacía es, otra: aquella consecuencia jurídica que ha señalado E. Jacobi. A través de estos elementos plebiscitarios cambia la cualidad del propio Parlamento, como se señalará más abajo; se transforma en un mero acoplamiento del sistema plebiscitario; sin embargo, no cambia directamente el procedimiento legislativo previsto en la Constitución ni, con ello, el sistema de legalidad al que se refiere. Más bien, se puede mantener que la decisión plebiscitaria es también decisión con fuerza de ley en el sentido del sistema de legalidad. Entonces, se iguala aparentemente a la decisión con fuerza de ley del Parlamento; no está supra-ordenada a ella, sino al lado. Ya el texto de la Constitución escrita reconoce que existe gran diversidad entre la decisión popular del procedimiento del Estado legislativo parlamentario y la decisión popular por iniciativa del pueblo

del procedimiento legislativo popular. En el primer caso, sólo se modifica el sistema del Estado legislativo parlamentario y no se instaura ningún tipo nuevo de legislador mediante la organización de una nueva clase de procedimiento legislativo específico de otro legislador. Por el contrario, en el procedimiento legislativo popular del art. 73, sec. 3 se introduce ya un nuevo procedimiento legislativo. Ambos tipos de decisión popular, de los cuales uno pertenece al sistema del Estado legislativo parlamentario, mientras el otro presenta al «pueblo» como la figura exclusiva y decisiva del sistema democrático-plebiscitario y, ciertamente, de legitimidad plebiscitaria y no de la legalidad propia del Estado legislativo parlamentario, se excluyen el uno al otro. Son la expresión de dos tipos de Estado completamente distintos. Por tanto, es justo que, como consecuencia inevitable del pensamiento democrático, se coloquen por encima las instituciones de la democracia directa las instituciones de la llamada «democracia mediata» del Estado parlamentario. Sin embargo, por otra parte, el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario permanece independiente desde el punto de vista ideológico y orgánico como una entidad de tipo peculiar que de ninguna manera se deriva de la democracia y de la voluntad del pueblo de ese momento. El Estado legislativo que culmina en normas aparece «más puro» con arreglo a su sustancia e idoneidad tanto en forma de Estado legislativo parlamentario como en forma de democracia directa, que son formas de manifestación de una *voluntas* y no de una *ratio*, que requieren legitimidad y no legalidad. Asimismo, la lógica de un sistema construido sobre el concepto de *representación* es otra en cuanto la lógica de la democracia plebiscitaria de la *presencia* de la misma presencia directa del pueblo soberano que se identifica consigo mismo.

Si en un Estado legislativo parlamentario se concibe la ley con abstracción de toda cualidad de la ley únicamente como decisión momentánea de la mayoría parlamentaria de ese momento y si en un Estado democrático decide la voluntad momentánea de la mayoría popular de ese momento, y la Constitución acoge ambas, entonces permanecen independientemente dos tipos de momentaneidad no

necesariamente congruentes. Desde el punto de vista del pensamiento funcionalista que implica el reconocimiento de la momentaneidad instantánea, la consecuencia lógica descansa sobre la votación del pueblo, puesto que el Parlamento es elegido por cuatro años o, en todo caso, no de instante en instante y, por consiguiente, su momentaneidad sólo existe en el marco de una revocación considerable de la momentaneidad, esto es, en el marco de un periodo de votación de más años. Asimismo, la instantaneidad del pensamiento funcionalista querría llegar así a la conclusión sustentada por Edwin Jacobi de que la decisión del pueblo siempre es un tipo superior de decisión. La consecuencia momentánea de la votación popular de ese momento es, en cierta manera, de un grado superior de momentaneidad e instantaneidad que la voluntad de ese momento de una asamblea constatada durante un periodo de larga duración. Mientras el legislador extraordinario *ratione materiae* introducido por la segunda parte de la Constitución está justamente restringido a causa del funcionalismo de la mayoría parlamentaria de ese momento del Estado legislativo parlamentario, al mismo tiempo la introducción de un segundo legislador extraordinario de otro tipo, esto es, del pueblo determinantemente plebiscitario, acrecienta aún más el funcionalismo y lo lleva a sus últimas consecuencias. Aquí se considera lógico y palmario que existe una contradicción.

La contradicción aparece específicamente en que ambas formas de cómputo de los resultados de la votación y las cifras de la mayoría se yuxtaponen. En el Parlamento se requiere una mayoría de de dos tercios en vez de una mayoría simple para las leyes de reforma constitucional; con la decisión popular no se arriesga uno a exigir ese tipo de calificación de la mayoría del pueblo directamente presente; la contradicción frente al principio democrático de la mayoría simple sería aquí demasiado fuerte. Entonces, el artículo 76 de la Constitución del *Reich* se conforma con esto: para la decisión del pueblo para reformar la Constitución con la iniciativa del pueblo sólo se exige la aprobación de la mayoría simple con derecho a voto. En cambio, el art. 75 de la Constitución del *Reich* únicamente exige, como calificación para una decisión del pueblo que quita autoridad

a una decisión del *Reichtag* que se establezca la participación de la mayoría de los que tienen derecho a voto para esa decisión popular y, también, una cifra de presencia suficiente con capacidad de decisión. Tratándose igualmente del *Reichtag*, la práctica actual del art. 75 aplica (según creo, erróneamente) la disposición de la decisión del pueblo por iniciativa del pueblo, pese a la legitimación jurisdiccional a través del control de un tribunal electoral. Por lo tanto, sucede hoy que en la decisión del pueblo solamente participan todos los que dicen «sí». Si es esa la mayoría de los que tienen derecho a voto, entonces procede una decisión popular lograda con el «sí» que también basta al mismo tiempo para cumplir los requisitos de las decisiones para reformar la Constitución según el art. 76. Luego, se suprime prácticamente toda distinción entre la decisión popular simple y la decisión popular para la reforma de la Constitución. Quien logre, generalmente, realizar una decisión popular, lleva a cabo sin contemplaciones y *eo ipso*, una decisión popular para la reforma constitucional. Si se parte de que, según la idea fundamental del sistema representativo, el pueblo se representa en el Parlamento completa e íntegramente, y de que la Constitución, además, busca organizar a través del sistema electoral proporcional una congruencia aritmética lo más exacta posible de la mayoría popular y la mayoría parlamentaria, entonces se tiene que plantear porqué es necesaria la mayoría de dos tercios para aprobación de la reforma constitucional en Parlamento, mientras que tratándose de la decisión popular para la reforma constitucional basta la mayoría simple por iniciativa popular. La lógica de la votación matemática es, frecuentemente, extraña, pero aquí se aferra de nuevo *implicite* una manifestación de desconfianza particular frente al Estado legislativo parlamentario. Quien confía en el legislador parlamentario, porque considera al Parlamento una *élite* o cree en la discusión y la publicidad características del procedimiento legislativo parlamentario, tendría que encontrar la garantía más fuerte de razonabilidad y justicia en el Parlamento.

No obstante, las dificultades e impedimentos en el punto decisivo se prevén para el Parlamento y no para la manifestación directa de la voluntad del mismo pueblo. Se sabe desde hace tiempo que

el Parlamento no puede discutir ni deliberar. A la asamblea legislativa cuya total legitimidad existencial como «législateur» descansa en su supuesta razón y contención, se le exige una decisión tomada por mayoría de dos tercios; al pueblo, aún a pesar de su inmediatez y emoción completa y no discutida en su plan decisor, se le contenta con la mayoría simple. De esta forma, las consideraciones aritméticas y «técnicas» que son plausibles la mayoría de las veces en tanto que se aproximan a una «pureza» abstracta y sin objetivo, convierten la mayoría aritmética de la Constitución y a su «técnica» de formación política de la voluntad desconcertantes y llenas de contradicciones, en cuando se contemplan en concreto en relación al sistema de legalidad.

La Constitución de Weimar comprende, también aquí, dos consecuencias distintas. Ha establecido consideraciones democrático-plebiscitarias en las que el pueblo aparece en el procedimiento legislativo popular como legislador extraordinario junto al Parlamento como legislador ordinario, e incluye completamente una legitimidad plebiscitario-democrática al sistema dotado de legalidad del Estado legislativo. A la vista de la imperfección sistemática con que ha ocurrido esto, no se puede vislumbrar con argumentos racionales de la ciencia jurídica sobre cuál de los dos sistemas es superior. La cuestión es si los dos sistemas jurídicos distintos pueden continuar yuxtapuestos. Se podría decir que en ningún caso la Constitución de Weimar, que proclama con tal firmeza y decisión en el art. 78 el Estado legislativo parlamentario, querría eliminarlo de manera consciente y planificada a través de una insertación violenta poco ingeniosa que destruyera su coherencia sistemática (no sólo la del capítulo quinto «La legislación del *Reich*» sino también, debido a la integración incoherente de la sec. 3, la del mismo art. 73 de la Constitución del *Reich*). Por otro lado, el sistema de legitimidad democrático-plebiscitario despliega, inevitablemente, sus consecuencias internas. Se señalará más tarde qué cuestiones prácticas originan esta yuxtaposición no sistemática del legislador parlamentario y el legislador plebiscitario. A la misma Constitución escrita le falta conseguir el concepto teórico que Walter Jellinek (*Verfassung und Verwaltung*, pág.

46) transmite de forma bastante ilustrativa cuando habla de una «competición de ambos soberanos». Agrega que, en realidad, en esta carrera el *Reichstag* siempre llegará primero en el tiempo, pero que en cualquier caso es discutible que el *Reichstag* pueda aventurarse a aceptar la lucha con el pueblo. Para lo que aquí procede, en esta fórmula ponderada y con una objetividad media se ha encontrado una plasmación discreta pero, con todo, pragmática: la de que aquí no sólo se puede cuestionar posteriormente quién tienen las mejores expectativas para adelantar al otro en la carrera, si es que depende de la carrera particular, sino que se tiene presente una consecuencia extremadamente lógica para mantener el sistema de legalidad de la misma Constitución. La duplicidad de ambos tipos de legislación y legislador es, sobre todo, una duplicidad de dos sistemas de fundamentación jurídica distintos que son el del sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario y el de legitimidad de la democracia plebiscitaria; la posible carrera entre ambos no es sólo una competición de instancias, sino una lucha entre dos tipos de Derecho. En esta lucha, como en toda carrera semejante, el dueño del poder en ese momento, que es también la mayoría parlamentaria de ese momento, tiene una gran ventaja. Pero, como se mostrará, esto no es decisivo ni definitivo para el resultado final ni recompone el Estado legislativo parlamentario puro.

3. El legislador extraordinario *ratione necessitatis*. La mera significación: la medida del Estado administrativo suplanta la ley del Estado legislativo parlamentario

No ya del texto escrito de la Constitución de Weimar, sino más bien de la praxis del presidente y del gobierno del *Reich*, con la tolerancia del *Reichtag* y la aceptación de la teoría jurídica del Estado y una praxis jurisdiccional legitimadora, a lo largo de los últimos años se ha consagrado un tercer legislador extraordinario en el ente estatal del *Reich* alemán: el presidente del *Reich* capaz de dictar ordenanzas según el art. 48, sec. 2 de la Constitución del *Reich*. En las facultades extraodinarias que la Constitución concede al presidente del

Reich en el art. 48, entre las que está también un derecho a legislar y ciertamente un derecho para dictar ordenanzas jurídicas que reemplazan leyes jurídicas, en la actualidad se reconoce y se impone sin oposición un contenido jurídico positivo a la disposición transitoria del art. 48, sec. 2 (que permaneció en vigor hasta promulgación de la ley prevista en el art. 48, sec. 5). Dos resoluciones fundamentales del Tribunal estatal del *Reich* alemán de 5 de diciembre de 1931 (*RGZ*, 134, apéndice, págs. 12 y 26), múltiples decisiones ulteriores de tribunales del *Reich* para cuestiones civiles y penales, así como el resto de otros tribunales supremos, han impuesto una sanción legitimadora a esta práctica del art. 48, sec. 2 que está de parte del Estado jurisdiccional. Quien quiera criticar tal procedimiento legislativo sumario recurriendo a los conceptos del Estado legislativo parlamentario tradicional y los lemas de la lucha frente al derecho de dictar ordenanzas jurídicas del gobierno monárquico, tiene que espantarse ante las puras «anti-constitucionalidades». Pero, también, un jurista independiente de los dogmas de partido de la oposición del siglo XIX, encontrará llamativo que aquí, sin determinación expresa de la Constitución, exista un legislador extraordinario establecido legalmente que compite con un legislador jurídico ordinario, que crea Derecho no solamente *praeter legem* sino también *contra legem*, es decir, contra el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario. Según la teoría y la praxis hoy absolutamente reconocidas, para las «medidas» rige, todo lo que se ha desarrollado y establecido del Estado legislativo en lucha con la monarquía por la ley de ese Estado legislativo como dominio, supremacía y reserva igual de esa ley. En el siglo XIX se tenía que combatir reñidamente el derecho autónomo a dictar ordenanzas jurídicas del rey, porque la aceptación de un procedimiento jurídico legislativo separado e independiente junto al procedimiento legislativo parlamentario habría destruido el mismo Estado legislativo parlamentario. Por el contrario, con la Constitución de Weimar que proclama lapidariamente en el art. 68 el Estado legislativo parlamentario —«la ley jurídica es decretada por el *Reichstag*»—, en Alemania los autores que se hallan a distinción de otros como los meros guardianes y defensores del concepto de Derecho reconocen al presidente del *Reich* la potestad de crear Dere-

cho conforme al art. 48 y rechazan la distinción completamente elemental entre ley y medida como una idea «genial». En realidad, se establece firmemente que «la Constitución» —que, no obstante, se entiende la mayoría de las veces sólo como las disposiciones constitucionales puntuales— tiene que permanecer «inmune», prescindiendo de los siete derechos fundamentales mencionados en el mismo art. 48 (arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153), que podrían ser suspendidos. Por lo demás, no parece que se encuentre nada llamativo en que, a pesar de la «inmunidad de la Constitución», un legislador extraordinario que crea Derecho intervenga en el sistema de legalidad de la Constitución jurídica, sin que la cualidad del Estado de Derecho y sus ordenanzas se distingan de ninguna manera de la ley del legislador ordinario del *Reich.*

Con el legislador del art. 48, sec. 2, tendríamos tres legisladores extraordinarios en la Constitución del Weimar. Éste no es extraordinario *ratione materiae*, como el legislador constitucional que dispone normas jurídicas materiales, ni tampoco extraordinario *ratione supremitatis*, como el pueblo que decide directamente por sí mismo, sino extraordinario, si se me permite decirlo, *ratione temporis situationis.* A través de todas las ficciones y tinieblas normativistas penetra la simple verdad científico-jurídica de que las normas solamanete valen para situaciones normales y que la supuesta normalidad de la situación es un elemento jurídico-positivo de su «validez». Pero el legislador de situaciones normales es algo distinto al comisario ejecutivo de la situación anormal que recupera la situación normal (la «seguridad y el orden»). Si se contempla éste como «legislador» y su medidas como «leyes», entonces permanece, a pesar de tal equiparación en cuestión, una diferencia que determina que las «medidas legislativas» del comisario ejecutivo, a causa precisamente de su equiparación con las «leyes», destruyan el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario.

A diferencia de los otros dos tipos de legislador extraordinario, el legislador del art. 48, sec. 2 no se pone, en absoluto, por encima del legislador parlamentario ordinario sino, al contrario, por lo vis-

to, incluso se subordina. Sus medidas (según el art. 48, sec. 3) se derogan a requerimiento del *Reichtag*, tienen que ser «toleradas» por el *Reichtag*. No obstante, la situación extraordinaria para la que se ha planteado este tercer legislador extraordinario, observada más detalladamente, demuestra su mayor supremacía. No puede prevalecer solamente y de manera abierta sobre el legislador ordinario, porque el *Reichtag* puede requerir la derogación de la medida. La supremacía de un comisario ejecutivo que puede crear «leyes» no está, para lo que aquí interesa que es la cuestión menor en este punto relativa al sistema de legalidad, en que tratándose de la competición entre ambos legisladores extraordinarios en un situación extraordinaria tenga ventaja natural este otro tipo de legislador extraordinario. La ventaja es, ciertamente, bastante mayor: éste decide a discreción sobre los requisitos de sus facultades extraordinarias (peligro para la seguridad y el orden públicos) y sobre su contenido que son las medidas «obligatorias»; puede, por lo tanto, dictar de nuevo medidas a corto plazo para cuya derogación se requiere al *Reichtag*; el requerimiento de la derogación por el *Reichtag* no tiene efecto retroactivo, el legislador extraordinario puede, de este modo, lograr hechos consumados contra el legislador ordinario; sí, en realidad, las medidas especialmente eficaces, por ejemplo, la intervención con mano armada y el fusilamiento de hombres, no podrían, en general, «ser derogadas» ya. Todos los presupuestos son prácticamente importantes y significativos y, de hecho, de una gran supremacía. No obstante, no necesitan todavía entrar en contacto con el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario de manera tan fundamental como en los otros casos que interesan aquí de la supremacía del tercer legislador ordinario.

Si contemplamos más detalladamente este legislador, entonces se muestra que en lo que atañe al alcance y contenido de la facultad de crear Derecho que se le otorga, es superior al *Reichtag*, es decir, al legislador jurídico ordinario. Mientras el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario únicamente puede emitir leyes y, debido a esta modalidad de Estado legislativo, se separa del aparato de aplicación de la ley, el legislador extraordinario del art. 48 tiene en

sus manos el conceder a toda medida aislada que asuma el carácter de ley con la completa supremacía que tiene la ley en el Estado legislativo parlamentario. Así, el legislador ordinario podría, según el concepto formalista de ley, dictar como «ley» todas las medidas a discreción; pero estos casos son raros, y tales «leyes individuales» encuentran los impedimentos propios del Estado federal de Derecho que son mayores que aquellos propios de la teoría absolutista del «legislador omnipotente». En el «dictador», por el contrario, se muestra que es, simplemente, un mero comisario ejecutivo y no un «législateur». En él la praxis se transforma lógicamente en lo que era en el Parlamento solamente una teoría sin principios, y la facultad de legislar se convierte en el arma de su acción. De este modo, en vez de dictar ordenanzas generales, podría emitir directamente él mismo una ordenanza específica (por ejemplo, prohibir una junta, declarar ilegal y disolver una organización) y, en consecuencia, dejar sin significación práctica al completo sistema de protección jurídica construido artificialmente frente a las disposiciones del ejecutivo. El Estado legislativo parlamentario con su separación orgánica entre ley y aplicación de la ley construye todas las instituciones de protección específicas del Estado de Derecho bajo el punto de vista de la protección frente al ejecutivo.

Sin embargo, para el legislador del art. 48, la distinción entre ley y aplicación de ley, legislativo y ejecutivo no es un impedimento ni jurídico ni fáctico; es ambos en uno sólo; con él se mantiene que lo que sería de otra manera un acto de aplicación de ley, tenga ahora un carácter «legislativo», si así lo determina él mismo. Una disposición que «en sí» sería una disposición policial y que puede derivarse de normas jurídicas policiales, puede dictarla directamente como legislador del art. 48 y, en consecuencia, dejarla sin la protección jurídica administrativa de la que se dota para la protección frente a las disposiciones de policía. La ordenanza del presidente del *Reich* de 3 de mayo de 1932 (*RGB*, 1, I, pág. 175) comprende un caso de aplicación de tales posibilidades para la protección de la autoridad del Estado que se divide, con efecto inmediato, bajo la denominación de sección delantera (SA), escuadrones de protección (SS), etc del

Partido Nacional-socialista Obrero Alemán, mientras la segunda ordenanza de protección de la autoridad estatal de 3 de mayo de 1932 (*RGB*, 1, I, pág. 185) trata, en general, de «organizaciones políticas que están organizadas o actúan paramilitarmente» y prevé posibilidades de reclamación. De esta forma, se considera que el presidente del *Reich* es libre de interferir en todo el sistema de normas legales existentes y ponerlo a su servicio. También puede, en general, dictar normas y extraer de sí mismo nuevas instituciones específicas para la aplicación y ejecución de las mismas, y también crear un poder público de aplicación extraordinario. Con otras palabras: reúne en sí la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar directamente por sí mismo sus normas legales, lo que el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario no puede en tanto que respeta, básicamente, la separación de poderes de un Estado legislativo con su separación entre ley y aplicación de ley.

Este legislador extraordinario tiene, según el art. 48, sec. 2, párr. 2, la faculta expresa para lograr medidas extraordinarios y, también, la facultad específica de suspender siete derechos fundamentales. La suspensión de los derechos fundamentales no es, como podría presumirse, un proceso formal; como afirma G. Anschütz (*Kommentar*, pág. 277), es completamente «desformalizado». Según la concepción del Tribunal del *Reich* (Sentencia de la Primera Sala de lo Penal de 6 de octubre de 1931, en *Jur. Wochenschrift*, 1931, pág. 3603) no se requiere la previa suspensión expresa; en la referencia razonablemente formal del art. 48, sec. 2 descansa una manifestación suficiente y con eficacia legal para suspender esos derechos fundamentales. Esto significa que estos derechos, principalmente la libertad personal (art. 114) y la propiedad (art. 153), el núcleo del Estado burgués de Derecho, no existen simplemente para el legislador extraordinario. Se recuerda que la teoría alemana del Estado anterior a la guerra mantuvo por necesidad una definición de ley en la que la ley significaba «intervención en la libertad y la propiedad», y cuyo «concepto de ley material» deducido de aquella se contemplaba como «reserva de ley» en tanto algo esencial e imprescindible en el Estado constitucional; de esta forma, se tiene que advertir que el Estado legislativo parla-

mentario anterior cambia radicalmente cuando se impone un legislador extraordinario para el que no existen esos derechos fundamentales. Según los principios del Estado legislativo parlamentario, únicamente el legislador ordinario y sólo una ley pueden intervenir en esos derechos fundamentales; solamente él en virtud de la provisión de reserva de ley. Cuando la Constitución prevé en caso excepcional la posibilidad de suspensión de los derechos fundamentales y de anular los impedimentos y los límites anejos a esos derechos fundamentales y su reserva de ley, entonces opta con ello por una instancia que justamente no es legislador. El hecho de que esta instancia no es un legislador, tiene que suponerse completa y lógicamente porque, de lo contrario, los derechos fundamentales estarían a su merced por reserva de ley general. Cuando el Estado legislativo parlamentario permite un «estado de excepción» al típico estilo con suspensión de los derechos fundamentales, entonces no quiere como legislador al comisario ejecutivo de ese estado de excepción, ni que las medidas del comisario de acción se equiparen a la ley, sino crear una espacio libre de acción para las medidas efectivas y necesarias. La suspensión, así, sólo puede tener el sentido de que se suspenda la protección contenida en el reconocimiento de los derechos fundamentales de libertad y propiedad. Y ¿en que se basa esta protección jurídica en el sistema del Estado legislativo parlamentario? De ninguna manera en acordar las posibilidades de proceso y demanda, en las que hoy se piensa de manera significativa en Alemania cuando se trata del discurso sobre la protección del Estado de Derecho, pero en las que no podía pensarse en el año 1848 porque todavía se desconocía la total consolidación de la jurisdicción administrativa. Sino que la protección jurídica del Estado legislativo descansa básicamente en la reserva de ley, cuyo poder de protección exige a su vez la fe en el legislador como un principio indispensable y, con ello, la fe en el legislador del Estado legislativo parlamentario, esto es, en el Parlamento que resuelve con mayoría simple. La congruencia y armonía nada problemáticas entre Derecho y ley es, también aquí, la cuestión esencial del Estado legislativo parlamentario. Para que pudieran suspenderse los derechos fundamentales por el estado de excepción, se suspendería, igualmente y por un tiempo deter-

minado, la reserva de ley y, con ella, el Estado legislativo; sí, el núcleo de la Constitución misma, la libertad y la propiedad; pero no se establece un nuevo legislador extraordinario en la organización de un Estado legislativo. El Estado legislativo parlamentario, con su supremacía y reserva de ley, conoce simplemente uno, esto es, su legislador: el Parlamento; no tolera una autoridad legislativa extraordinaria competitiva. Las «medidas» de las autoridades facultadas para realizar acciones extraordinarias, según este sistema, no son ilegales, pero tampoco tienen fuerza de ley. Esta última no podría ni necesitaría existir, porque se prevé la suspensión de los derechos fundamentales y, con ello, la supresión de todos los límites del Estado legislativo que hubieran requerido una ley y una fuerza de ley.

Ahora bien, si estas «medidas» se convierten en ordenanzas con fuerza de ley como ha sucedido a través de una praxis decenaria del gobierno en el *Reich* alemán con la aprobación judicial sancionadora de los tribunales y la aceptación de la teoría del Estado, entonces se introduce un nuevo pensamiento heterogéneo en el sistema de legalidad de la Constitución. El nuevo legislador extraordinario del art. 48 puede ahora, tanto por la vía de las medidas como también por medio de una ordenanza que remplaza a la ley, decretar por encima de la libertad y la propiedad. Puede disponer, así, por encima de la sustancia del mismo Estado burgués de Derecho y ello debido a un principio doble particular: por un lado, gracias a su equiparación con el legislador ordinario, en virtud del cual puede actuar por la reserva de ley para la libertad y la propiedad; y, por otro, gracias a la facultad conferida expresamente de suspender los derechos fundamentales, en virtud de la cual éstos ya no son obstáculo para sus medidas. El legislador ordinario solamente puede intervenir gracias a la reserva de ley en los derechos fundamentales, pero no puede suspenderlos. Por el contrario, el legislador extraordinario puede realizar ambas cosas y, prescindiendo del resto, se distingue de manera peculiar y queda por encima del legislador ordinario.

Sin embargo, la praxis de las facultades extraordinarias del art. 48, sec. 2, ha conducido a un poder legislativo del legislador extraor-

dinario todavía mayor. Mientras hoy en Alemania la interpretación aparentemente simple y plausible del art. 48 se agota en que el presidente del *Reich* está en realidad al mismo nivel que el legislador ordinario del *Reich* pero no puede hacer lo que se reserva al legislador del *Reich* capaz de reformar la Constitución, se han promulgado entretanto y, ciertamente, con la aceptación de la teoría del Estado y la praxis judicial y con la aprobación del Tribunal estatal del *Reich* alemán, ordenanzas sobre la base del art. 48, las cuales interfieren en la competencia legislativa de los *Lander* y, por ello, no habrían podido ser promulgadas por medio de una ley del *Reich.* A este respecto, el ejemplo más claro está en la ordenanza sobre cajas de ahorros del presidente del *Reich* de 5 de agosto de 1931 (*RGB,* 1, I, pág. 429), que es promulgada sobre la base del art. 48, sec. 2, mientras la ley del *Reich* respecto a la misma materia de 21 de marzo de 1925 (*RGB,* 1, I, pág. 27) sobre la incorporación del empréstito exterior por los ayuntamientos, precisamente para respetar la competencia legislativa de los *Lander,* se promulgaba en la ley del *Reich* de reforma de la Constitución según el art. 76. El Tribunal estatal del *Reich* alemán se ha adherido en su sentencia de 5 de diciembre de 1931 (*RGZ,* 134, apédice, págs. 12 y 26) a esta concepción por la que el presidente del *Reich* autoriza las ordenanzas jurídicas en los campos que están sometidos a la competencia de la legislación de los *Lander.* El Tribunal estatal reconoce incluso que el presidente del *Reich* desecha el art. 5 de la Constitución el *Reich* y según el art. 48, sec. 2 puede autorizar el poder estatal de los *Lander* para crear un Derecho de los *Lander* que discrepe de la norma de la Constitución del país. La argumentación que se da aquí para esto (que asume la argumentación de Poetzsch-Hefter y R. Grau), marcha a continuación en otra dirección en la que el art. 48 comprende un «mandato competencial independiente» de la Constitución del *Reich.* Esto no significa otra cosa sino que las disposiciones orgánicas de la Constitución del *Reich* no resisten las facultades extraordinarias del art. 48. De este modo, no son «inmunes». Asimismo, el gobierno del *Reich* ha defendido y retenido un núcleo en el mismo sentido de la disposición orgánica esencial del art. 87 de la Constitución del *Reich* según la cual podrán otorgarse poderes para conceder créditos «sólo

a través de ley del *Reich*»; según este núcleo, tal ley del *Reich* con poder para conceder créditos puede ser remplazada mediante una ordenanza conforme al art. 48 (Exposición de motivos del proyecto de ley del *Reich* sobre la autorización de deudas y el poder de conceder créditos de 12 de mayo de 1932, RGB, 1, I, pág. 191, *Reichstagsdrucksache* núm. 1480; además, el informe de G. Anschütz y W. Jellinek de 12 de marzo de 1932, publicado en Tübingen en 1932).

Las disposiciones orgánicas de la Constitución del *Reich* no han sido meramente «violadas» a través de este concepto dominante en la teoría y la praxis jurídicas sustentado en la interpretación del art. 48, sino modificadas sustancialmente. Esto vale tanto para las disposiciones apenas mencionadas sobre el reparto de competencias entre el *Reich* y los *Lander*, como para el art. 5 fundamental para los derechos del Estado federal y para la proposición central con la cual la Constitución busca constituir el Estado legislativo parlamentario: «Las leyes del *Reich* son aprobadas por el *Reichtag*» (art. 68). Ahora, todas estas proposiciones constitucionales orgánicas no son ya (según la expresión acuñada por G. Anschütz) «firmes ante la dictadura», porque en el art. 48, sec. 2 se encuentra un legislador extraordinario que está al mismo nivel del legislador ordinario del *Reich*. En tal caso, se debería reconocer que un mínimo orgánico tiene que permanecer «inmune» tanto para el *Reich* como también para la estabilidad de los *Lander*, si no se quiere destruir toda la Constitución con el art. 48.

En todo caso una teoría que reconoce el alcance de las competencias legislativas del *Reich* que remplazan la ley del *Reich*, aún incluso extralimitando el derecho de decretar ordenanzas, no debería calificarse ya como «teoría de inmunidad» y difamarse como «anticonstitucional», como así se ha hecho del comentario sobre el art. 48, sec. 2 de E. Jacobi que yo defiendo (en el que prescindiendo de los siete derechos fundamentales que pueden suspenderse, no todas las disposiciones de ley constitucional constituye un obstáculo para el dictador del art. 48). Yo quisiera destacar una vez más aquí, como ya lo hice en mi conferencia sobre las ordenanzas de necesidad de

1 de diciembre de 1930 («Notverordnung und öffetliche Verwaltung», Berlin 1931, pág. 17) y en mi libro sobre el *Hüter der Verfassung* (Tübingen, 1931, pág. 121) que mantengo aquella interpretación del art. 48, sec. 2, y que la evolución del último decenio únicamente ha atribuido la competencia al presidente del *Reich* para dictar ordenanzas —cuya relación con las disparatas proposiciones de las dos partes yuxtapuestas bajo el título «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes» es, ahora como antes, completamente distinta a la que podrían tener las leyes positivas— un derecho a decretar ordenanzas que sustituyen las leyes del *Reich.* Este fin se acepta y se admite hoy para completar, desde el punto de vista jurídico-positivo, la solución provisional contenida en el art. 48, sec. 2 que permaneció abierta hasta la promulgación del decreto previsto en el art. 5. Se justifican, así, las ordenanzas del presidente del *Reich* que reemplazan leyes financieras, particularmente las que conceden créditos. Max E. Kühnemann (*Reichsverwaltungblatt,* 1931, pág. 745) las ha considerado anticonstitucionales en una explicación cuyo espíritu y solidez es, con seguridad, bastante significativo, pero cuya debilidad descansa en partir de los conceptos y presupuestos del Estado de Derecho de la monarquía constitucional y de la interpretación de las disposiciones jurídicas de finanzas de la Constitución vigente, sin considerar la coherencia total de las demás disposiciones y conceptos constitucionales. La Constitución de Weimar posee esencialmente un sistema constitucional distinto al tipo de Constitución tradicional de 1848; en particular, tiene un concepto de ley bastante cambiado, no ya uniforme, sino problemático. Las dificultades mayores que resultan del mismo no justifican ni la argumentación de Kühnemann que contiene la continuación, sin problemas, de las concepciones de Derecho financiero del siglo XIX ni tampoco las propias contradicciones en las que se traba la teoría dominante cuando declara que las disposiciones esenciales de la parte orgánica de la Constitución no son «firmes ante la dictadura», pero los «derechos fundamentales» que no pueden suspenderse son «inmunes».

Para los principios del Estado legislativo parlamentario y su sistema de legalidad en conjunto es absolutamente secundario el que,

según tales modificaciones de la parte orgánica de la Constitución, se asienten enérgica y solemnemente las proposiciones jurídicas materiales de la parte segunda como proposiciones sagradas, inmunes y «firmes ante la dictadura»; a diferencia de aquellas disposiciones constitucionales orgánicas que, a través del «mandato independiente de competencias» del art. 48 no solamente son «violadas», sino completamente modificadas. ¿De dónde extraen las variopintas disposiciones singulares de esta segunda parte de la Constitución tal autoridad y majestuosidad si las disposiciones principales de la primera parte, especialmente la fuente de legalidad misma, no cuentan con «firmeza ante la dictadura»? Si el «mandato independiente de competencias» del art. 48 tiene fuerza de ley constitucional y suprime los derechos de los *Lander*, entonces se abandona el principio de «inmunidad» de todas las disposiciones singulares de ley constitucional. Si se reconoce la necesidad y la certeza de esta concepción defendida por el gobierno del *Reich* y aprobada por el Tribunal estatal del *Reich* alemán, entonces es extraño que se sujete la inmunidad de toda proposición singular sobre los derechos de los funcionarios o los derechos de las asociaciones religiosas frente a las medidas del art. 48. Puesto que en una Constitución de contenido y estructura, y la Constitución de Weimar debería serlo, lo que para los *Lander* es Derecho, para las asociaciones religiosas y para los funcionarios es, por lo menos, justo. Todas las garantías jurídico-materiales singulares, si las disposiciones de competencias orgánicas fundamentales no son «firmes ante la dictadura», sólo pueden ser «firmes ante la dictadura» si las garantías jurídico-materiales se consideran como auténticas exenciones y privilegios y la segunda parte comprende ya una segunda contra-constitución. En ese caso, tendrían que extraerse en general las mismas conclusiones para los límites de la Constitución según el art. 76, lo que todavía se aleja de la opinión dominante.

El hecho de que la concepción del art. 48, sec. 2 envuelva contradicciones internas intrínsecas es algo evidente en la actualidad. Poetzsch Heffter (Deusche Juristen-Zeitung, 1932, pág. 770) pretende, con razón, que se hagan esfuerzos mejores y más sistemáticos que los realizados hasta el momento para mantener la coherencia orgá-

nica global, en la cual se establecen constitucionalmente los «poderes de la dictadura». Sin embargo, al mismo tiempo se mantendría a la vista, especialmente, la diversidad desplegada más arriba (capítulo II, 1) entre la segunda parte de la Constitución y la primera. Entretanto, todas las contradicciones intrínsecas que se han hecho palpables en la teoría y la praxis del art. 48, sec. 2 solamente son, al final, una sucesión y un caso de aplicación del desvío de los principios de Estado legislativo parlamentario, e ignoran de cualquier forma la segunda parte de la Constitución inaugurando una segunda Constitución nueva. La inconsecuencia frente a los principios del Estado legislativo parlamentario que se basan en la introducción de garantías jurídico-materiales es especialmente visible mediante las contradicciones en las que se envuelve inconscientemente la interpretación del art. 48, sec. 2. La historia de la gestación del art. 48, especialmente el desarrollo de los siete derechos fundamentales enumerados que no pueden suspenderse, lo confirma de un modo ilustrativo. Esta enumeración que aparece por primera vez en el proyecto de gobierno de 17 de febrero de 1919 (cf. Tripel: *Quellensammlung,* págs. 812 y 20-23) y que se remonta a los debates en la Comisión de Representantes de los Estados del 5 al 8 de febrero de 1919 cuenta, sobre todo, con una sección de 12 artículos sobre derechos fundamentales, en la que salvo algunos principios generales (igualdad ante la ley, libertad de conciencia, libertad de creación artística y científica, minorías) que prácticamente no entran en consideración, se suspenden los siete artículos restantes de derechos fundamentales. En otras palabras, podría ser suspendida la sección completa de derechos fundamentales hasta donde contiene Derecho actual o lo que la opinión de entonces pudiera considerar como Derecho actual. En el curso ulterior de la historia de gestación, la enumeración, exceptuando la igualación de cifras, permaneció igual en esta cuestión, mientras la sección de derechos fundamentales se extendió de forma rápida y pasó a una segunda parte de la Constitución sin que nadie tuviera conocimiento claro sobre los efectos que podría tener esto sobre los siete derechos fundamentales mantenidos hasta entonces en el ámbito del estado de excepción. La pieza de una segunda Constitución reformada que surge con la parte de los nuevos derechos fundamen-

tales, que fue pensada en el afán de aquel verano de 1919, no fue conectada orgánicamente con el sistema orgánico del Estado legislativo parlamentario ni con la ordenación del estado de excepción, que fue la solución provisional hasta la promulgación de una ley de ejecución. Ante la situación desesperada en la que se debió diseñar y redactar la Constitución, sería injusto hacer reproches a los autores por tales discrepancias. Por otro lado, no se puede tolerar, ciertamente, que se pase por alto la experiencia que entretanto ha proporcionado un decenio rico de acontecimientos en lo que respecta al desarrollo jurídico-constitucional. Por eso, no se debería dejar pasar por más tiempo la comprensión de aquellas contradicciones.

Básicamente, el Estado legislativo parlamentario no conoce, las garantías jurídico-materiales porque confía absolutamente en el Parlamento como legislador ordinario. Sin embargo, si desconfía del legislador ordinario, entonces puede equiparar el dictador del que desconfía igualmente al legislador ordinario. Luego, el que se quite la confianza al legislador ordinario y se pase ésta automáticamente al legislador capaz de reformar la Constitución es aparentemente, plausible pero en realidad no es sino un sinsentido que destruye el propio sistema. Por lo menos, esto es posible al distinguir entre proposiciones jurídico-constitucionales materiales «firmes ante la dictadura» y no «firmes ante la dictadura». Sería concebible y no una contradicción absoluta en sí el que se declarasen violables todas las disposiciones orgánicas y, por el contrario, todas las garantías jurídico-materiales de la segunda parte se considerasen sagradas e inviolables. Sólo que esto sería un ente estatal distinto al de la Constitución de Weimar que continúa siendo todavía un Estado legislativo parlamentario. Sobre todo, no se podría entregar al dictador el núcleo del Estado burgués de Derecho de esta parte segunda, la protección de la libertad y la propiedad; siendo así, como sucede en el art. 48, se declaran suspendibles justamente estos derechos fundamentales, mientras permanecen inviolables e inmunes otras disposiciones, por ejemplo, las que tratan de las asociaciones religiosas y los funcionarios. Las disposiciones orgánicas fundamentales, las garantías del Estado federal de los *Lander*, las facultades de intervención antiguas

y tradicionales del Parlamento para las autorizaciones de créditos, los derechos de intervención del *Reichsrat*, la libertad y la propiedad, las verdaderas «cosas sagradas» del Estado burgués de Derecho, el monopolio de la legislación por el Parlamento básico para el Estado legislativo parlamentario, no son firmes ante la dictadura, pero lo son ¡el derecho de los funcionarios para conocer su hoja de servicios y la conservación de las Facultades de teología! Y esto no porque se hayan querido eximir, algo que fuera quizás correcto, asuntos irrelevantes políticamente sin importancia para la dictadura, bajo el punto central razonable de *minima non curat dictator*, sino al contrario, porque se han querido asegurar intereses superiores necesitados de protección y se han sacado del sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario común las garantías jurídico-materiales de la segunda parte como una tipo cualitativamente superior de ley.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional el principio verdadero de ese desorden jurídico-estatal y jurídico-constitucional descansa en la desnaturalización del concepto de ley. Ningún Estado legislativo puede pasar sin un concepto de ley reconocido y diferenciado. Sobre todo, tal Estado tiene que mantener que el Derecho y la ley, la ley y el Derecho están conectados objetiva y prácticamente, y que la normativa procedente del legislador en virtud de su facultad legislativa es algo, en consecuencia, distinto y superior a las meras medidas. No es posible que en un Estado legislativo cuyo sistema de legalidad en conjunto se apoya en la prioridad de tal normativa legal, se coloque una medida como ley y una ley como medida. El juez no puede hablar en nombre de la medida en vez de en nombre de la ley. «Cuando la justicia no reconoce ya lo que es una ley corre el peligro y se desplaza ella misma a la dependencia de las no-leyes», algo que afirma con bastante acierto Ernst Fraenkel («Die Gessellschaft», Octubre de 1931, pág. 336). El art. 48, sec. 2 de la Constitución del *Reich* autoriza al presidente del *Reich* a dictar «medidas» o, como se decía en el primer proyecto de 1919, a dictar «ordenanzas». La concepción actual expone claramente que éstas pueden ser también «medidas del legislador». Al mismo tiempo, se de-

riva un problema lógico que no está exento de significado sintomático. Las «medidas del legislador» solamente son medidas, pero no medidas dictadas por otro distinto al legislador. Se cuestiona justamente si otro que no sea el legislador ordinario puede dictar ordenanzas jurídicas con fuerza legal, y esta cuestión no se contesta de ninguna manera a través de la expresión «medidas del legislador».

En otros casos, la particularidad y singularidad de la «medida» son conocidas, todavía hoy, y consideradas absolutamente como sutilezas teóricas por la teoría y la praxis de la vida jurídica alemana. Que se entienda que, por ejemplo, una sentencia judicial no pueda ser una «medida» ni que inversamente una «medida» pueda ser una sentencia judicial, podría pasar como algo lógico. Incluso, un autor cuyo conocimiento ha negado completamente la distinción entre ley y medida y que ha querido hacer a partir de ello una ocurrencia tonta con una breve observación, me refiero a R. Grau («Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten», *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* II, pág. 279, nota 15), se apresura en seguida a añadir que «sin duda, ciertos actos estatales tendrían que separase según su calificación funcional del terreno de la medida, sobre todo aquellos que se toman del poder judicial independiente». También en relación con la contraposición entre la pena y la mera coacción de la medida está vivo un conocimiento jurídico diferenciado. Así, la Audiencia prusiana destaca (sentencia de 22 de marzo de 1932, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1932, pág. 534) que los medios coercitivos de los poderes públicos de policía (según el capítulo IX de la ley administrativa policial de Prusia de 1 de junio de 1931) deberían prevenir para el futuro pero no castigar, porque la pena como «consecuencia del mal» (expiación) es independiente de la existencia o no existencia de peligro de un estado contrario a la policía, es decir, de la situación objetiva concreta. Por tanto, los fallos judiciales y las penas podrían diferenciarse todavía de las medidas. Es obvio que no puede considerarse ya un sistema de legalidad fundamental en conjunto de un Estado legislativo parlamentario que sostiene la distinción entre ley y medida. En el *Archiv des öfentlichen Rechts* (vol. 21, págs. 139 y ss.) Kart Loewenstein sobre la base del art. 48 denomina

a la ordenanza del Banco Danat de 13 de julio de 1931 «al menos dificultosa», por el tratamiento singular que tiene de este Banco; la prohibición de embargo, de embargo ejecutivo y de apertura de concurso frente al banco se declaran «un caso sin precedentes en la historia del Estado de Derecho alemán» y, por tanto, se produce una violación del art. 105 (juez legislador) y el art. 109 (igualdad ante la ley), que no pertenecen ya a los derechos fundamentales suspendibles del art. 48, sec. 2. Lo significativo de una medida, que es, justamente, la consideración de la situación singular del caso, se usaría de esta forma para descubrir las situaciones anti-constitucionales, porque la acción del «dictador» se mira con implícita lógica como «ley» y se traslada a la expresión de igualdad del art. 109 de la Constitución del *Reich*. Precisamente, a través del art. 48 se autoriza al presidente del *Reich* para dictar medidas, y el hecho de que se añada a su potestad para dictar medidas una facultad como legislador extraordinario no puede suprimir o limitar el poder de dictar medidas. Pero, precisamente, sería jurídicamente imposible que hiciera medidas consideradas como «leyes» ante las cuales tiene que existir «igualdad». Por tanto, el menosprecio de una distinción elemental convierte una simple disposición jurídico-constitucional clara en lo contrario. Quizás el hecho de que una medida no se distinga, todavía hoy, de un fallo jurisdiccional ni tampoco de una decisión legislativa, es un síntoma seguro de que la conciencia jurídico-constitucional actual considera obvio de manera inmediata al Estado jurisdiccional y al Estado administrativo, mientras las distinciones específicas del Estado legislativo parlamentario no son ya interesantes ni comprensibles.

En todo caso, no es culpa del dictador que en la práctica y la costumbre reconocida en diez años sobre su facultad de dictar medidas se haya añadido, además, un pleno derecho para dictar ordenanzas sustitutivas de leyes. Tan sólo frente a la praxis más antigua de las ordenanzas de necesidad del año 1930 y 1931, la duración es un rasgo del concepto de ley material que se ha llegado a respetar de algún modo. Ahora, los representantes del pensamiento del «Estado de Derecho» destacan con especial firmeza que las ordenanzas del pre-

sidente del *Reich* conformes con el art. 48 pueden ser únicamente provisionales, no duraderas. Entre las muchas reflexiones y objeciones, que frente a la praxis sobre la elaboración de ordenanzas que se han recogido durante aquellos dos años, esta advertencia parece establecerse sobre el «carácter provisorio» de las medidas del art. 48, hoy en el punto de mira, y tiene un fuerte poder de persuasión (cf. la prueba está en el artículo «Grundsaätzliches zur heutigen Notverodnungspraxis», *Reichsverwaltungsblatt* de 27 de febrero de 1932, pág. 162, y en Anschütz, *Kommetar*, pág. 280). Igualmente, el Tribunal del Estado del *Reich* alemán destaca en la mencionada decisión de 5 de diciembre de 1931 (RGZ, apéndice, págs. 24 y 43) que las ordenanzas del presidente del *Reich* «no pueden en definitiva, estar determinadas, para toda duración». Pero, desgraciadamente, el conocimiento falla casi siempre en que la prohibición de «duración» se deduce no tanto de la expresión medianamente formal del art. 48, sec. 2, sino acaso de la esencia de la medida contraria a la ley, y en que la duración es una propiedad de ella misma según la concepción de la ley del Estado de Derecho (es decir, del Estado legislativo). La distinción entre ley y medida es rechazada, casi siempre, con el argumento de que es raramente delimitable e indeterminada. Este es un argumento cómodo que extrae la consecuencia (contemplada lógicamente, descabellada) de la inexistencia de unos límites de la complejidad de la delimitación. A continuación de la frase justamente mencionada de que determinadas ordenanzas conformes con el art. 48 son inadmisibles «para toda duración», el Tribunal del Estado dice, seguidamente, que es admisible una ordenación «para un tiempo indeterminado de duración previsiblemente más largo». Decide, por tanto, entre «toda duración» y «duración indeterminadamente más larga», y esta decisión debería ser aún más difícil de delimitar y más indeterminada que la distinción entre ley y medida.

La praxis actual tiene su última base en que en la realidad de la vida estatal del mismo legislador, la distinción interna entre ley y medida ha sido abandonada hace largo tiempo. Hoy difícilmente existen mayorías parlamentarias que crean de verdad que sus decisiones de ley valen «para toda duración». La situación es tan poco

apreciable y tan anormal que la normativa legal se desvirtúa de su carácter primario y se convierte en mera medida. Si, bajo el cariz de esta realidad, el mismo legislador y con él la teoría del Estado de Derecho del Estado legislativo parlamentario declara leyes, a todas las medidas del legislador y el legislador y no diferencia, entre ley y medida, entonces la consecuencia es que, por el contrario, el dictador facultado para dictar medidas obtiene también un derecho extraordinario para legislador. El legislador puede dictar medidas y el dictador facultado para dictar medidas emite leyes. En la praxis, la no distinción entre ley y medida se materializa, presumiblemente, a nivel de la medida. Para el Estado administrativo que manifiesta en la práctica las medidas, el legislador es, más bien, adecuado y concuerda en su esencia con un Parlamento separado del ejecutivo, cuya competencia consiste en aprobar determinadas normas generales para que sean duraderas.

CONCLUSIÓN

En la Constitución de Weimar se manifiestan tres legisladores extraordinarios —*ratione materiae, ratione supremitatis y ratione necessitatis*— que ponen en peligro el sistema de legalidad lógico del Estado legislativo parlamentario al que, a pesar de todo, querría sujetarse la Constitución. Sin embargo, aquí no se toman en consideración las demás complicaciones que se originan de la serie de repercusiones provocadas por los elementos constitucionales federalistas. Podría presumirse que el legislador ordinario en tal situación no puede resistir el asalto de sus tres rivales extraordinarios. No obstante, esta sospecha no sería teóricamente correcta en cuanto que este legislador existe en la construcción constitucional. Al tratarse de una distinción constitucional fundamentalmente política que alude a todo tipo de ente estatal, el sistema al que la Constitución decididamente sirve de base, es siempre considerado hasta que no se adopte de igual modo un sistema básico y lógico. Por ejemplo, el parlamentarismo de la República francesa ha logrado hacer inofensiva y para nada peligrosa la fórmula de una legitimidad plebiscitaria de las leyes constitucionales de 1875 que comprendían la posibilidad de la disolución del Parlamento. La plena «secularización» del Estado francés responde a una neutralidad axiológica consecuentemente liberal en las cuestiones confesionales y religiosas. En la República francesa no puede tomarse prácticamente en consideración un control del Parlamento a través del ejercicio de un derecho de control judicial material u otro método del Estado jurisdiccional previsible por un tiempo determi-

nado. En realidad, estas leyes constitucionales francesas de 1875 se limitan a disposiciones orgánicas y no reconocen los legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar.

A pesar de todo, el sistema de legalidad parlamentario en esta Constitución habría podido quedar también vencedor. Puesto que la desviación de los presupuestos básicos y los principios estructurales del Estado legislativo parlamentario que establecen de entrada aquellos tres legisladores extraordinarios, no son en sí claros y considerados de manera plena en la Constitución misma. Contienen experiencias y fórmulas que son, más bien, correcciones de ciertos inconvenientes del sistema parlamentario y, por esta razón, se salva este sistema, pero no se verifica un nuevo tipo de Estado, ni un Estado jurisdiccional, ni gubernativo o administrativo. Aquellas desviaciones pierden igualmente gran parte de su significado práctico si el Parlamento reflexiona sobre su poder con una voluntad decisora uniforme. Asimismo, una mayoría simple tiene los medios para convertirse, sin gran esfuerzo, en la dueña por vía legal, a través de sus leyes y del gobierno dependiente de su confianza frente a la concurrencia del Estado jurisdiccional. Las garantías constitucionales jurídico-materiales quedan divididas en aquellas que, a causa de su carácter apolítico, no interesan a la mayoría de ese momento y, por otra parte, aquellas que, debido a su significado político, podrían someterse al poder de la mayoría de ese momento. El Parlamento tiene, igualmente, muchas posibilidades de dejar prácticamente sin sentido al segundo legislador extraordinario y sus rivales, esto es, al del procedimiento legislativo plebiscitario. Esto ha sucedido realmente, incluso con gran éxito, en los últimos años. A través de lo que se ha mencionado más arriba (pág. 63), la interpretación del art. 75 de la Constitución del *Reich*, sancionada por el Tribunal electoral y considerada como «definitiva» por G. Anschütz (*Kommentar*, pág. 400), se ha requerido, incluso para un plesbicito por iniciativa popular, la participación de la mayoría de votantes, obviando a través de ello el secreto de voto y, por poco, haciendo en la práctica imposible la formación de tal decisión popular. Es del máximo interés que, justamente frente a este legislador plebiscitario e incluso frente al gobierno,

se considerase un concepto de ley material y un principio de separación de poderes y que, por ello, se hayan abandonado las medidas y los actos de gobierno de este procedimiento legislativo (cf. *Reichstagsdruchksache* 19128/29, núm. 1429 para la iniciativa popular con el proyecto de una ley de libertad frente al Plan Young). Finalmente, el tercer legislador extraordinario del art. 48, sec. 2 puede ser únicamente operativo de forma legal en cuanto sea tolerado por el legislador parlamentario, es decir, que éste no haga uso de su derecho a exigir la derogación de las medidas y tampoco confiera voto de confianza contra el gobierno del *Reich* que las refrenda. Muchos casos de aplicación del art. 48, sec. 2, especialmente la praxis de las ordenanzas de necesidad de los últimos años, aparecen a causa de ello como procedimientos legislativos sumarios ejercidos sobre la base de una autorización implícita del Parlamento. Naturalmente, en los tres casos se pueden concebir conflictos; sin embargo, la separación de poderes de la Constitución es tal que la mayoría del *Reichstag* puede mantenerse, sin dificultad, como el vencedor legal al mostrar su voluntad firme y perceptible.

Aún así, el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario no se ha restituido. Desde hace mucho, la voluntad de la mayoría parlamentaria de ese momento se basa enteramente sólo en un compromiso de organizaciones de poder heterogéneas, y el Parlamento se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista. Asimismo, la dispersión pluralista aparece en el intento de crear una especie de sustitución del Parlamento con consejos consultivos, asambleas y parecidos, por ejemplo, el denominado Consejo de economía del presidente del *Reich* de octubre de 1931. El pluralismo practicado de manera consecuente precisa otra tipo de justificación distinta al de la legalidad del Estado legislativo parlamentario. Las organizaciones de poder que comprenden miembros desde puntos de vista globales, económicos y otros distintos (en otras palabras, las sujeciones de un sistema plural) transforman la competencia estatal, federal, comunal, del Estado de Derecho y otras distintas en posiciones de sus complejos de poder; construyen mediante pactos y compromisos con otros colaboradores del sistema pluralista, la voluntad

estatal decisiva y —lo que, sobre todo, importa aquí— no pueden dejarse sobrepasar y superar en asuntos esenciales por una mayoría. Pueden, mientras que tales existan políticamente, no desistir de ellas, y su existencia política puede influenciar de manera fundamental el concepto y la interpretación de la Constitución. Como consecuencia de un sistema de legalidad que hace peligrar su tipo de existencia, tienen que, bien abandonar su existencia política, o bien hacer valer de cualquier forma un derecho de resistencia. Sin embargo, La propia función del concepto de legalidad es, como ya se ha dicho, la supresión de todo derecho de resistencia y ésta, por otra parte, es particularmente esencial para el Estado legislativo parlamentario. En realidad, los poderes del Estado de partidos pluralista tienen, poco interés en la lógica. Éstos prefieren quedarse a la media luz de una situación intermedia, que los consiente; casi comparecer como «estado», casi sólo como «entidad social» o «mero partido» para aprovechar todas las ventajas de su influencia sobre la voluntad estatal, sin las responsabilidades ni los riesgos de la política, y jugar de esta manera *à deux mains*. Con esta voluntad, por su inconsecuencia, no se salva en absoluto el sistema de legalidad parlamentario. Aquella situación intermedia suprime ya el Estado legislativo parlamentario y su concepto de legalidad.

Lo mismo cuenta para la negativa del principio de igualdad de oportunidades (*chance*), consecuencia ulterior e inevitable del sistema pluralista. Prácticamente excluye a todos los partidos que no son colaboradores del pluralismo. Este efecto no cambia si la cuestión de culpabilidad responde a favor de la derecha o de la izquierda, o del centro, y si un partido al que se puede reprochar que ha «comenzado» con la supresión de esta condición de legalidad. Incluso, es un cuestión abierta el saber si un retorno a la situación «pura» de las mayorías «puras» parlamentarias, es decir, homogéneas, restauraría el sistema de legalidad o si ya, directamente, cabría esperar de las mayorías homogéneas, simples o incluso capaces de reformar la Constitución, los peores abusos que caracterizan a las recompensas del poder expuestas más arriba y el peligro mayor para el sistema de legalidad. Con ello, se suprime la condición esencial del concepto

de legalidad en un Estado de partido pluralista. Hasta la fecha no ha aparecido una nueva forma de Constitución, como la que corresponde al sistema pluralista establecido. Ni el poder auténtico de las organizaciones pluralistas, ni el conocimiento teórico constitucional de la época han ideado los elementos constitutivos específicos. Es más, hasta ahora, todo queda en los carriles y las fórmulas del sistema tradicional de justificación. Los partidos buscan aprovecharse de la legalidad de la posesión del poder de ese momento, sobre todo, de las recompensas y plusvalores políticos; pero tropiezan, de la misma manera en que socavan el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario, con el legalismo de un Estado legislativo contrario, esto es, con el sistema de legitimidad plebiscitario democrático.

Con la legitimidad de la votación plebiscitaria popular no se apoya únicamente al presidente del *Reich*, sustentador del equilibrio del Parlamento. El Parlamento tampoco tiene ya en sí mismo la majestuosidad de una asamblea con unas cualidades específicas y notables, que elabora leyes en el sentido específico de la palabra. No tiene ya el significado propio independiente que, en tanto fuente de legalidad, debería tener en un Estado legislativo basado en la legalidad. Puesto que la votación se ha hecho un procedimiento plebiscitario. Desde hace tiempo no es ya elección en el sentido de la comprobación y la elevación de una elite y la creación de una representación autónoma. La misma dirección plebiscitaria hace que la disolución del Parlamento se convierta en un procedimiento normal, que tiene el sentido de una «apelación al pueblo» y, por tanto, también significado y función plebiscitaria. Entonces, el Parlamento de ese momento con la mayoría de ese momento es, únicamente, una interpolación plebliscitaria. En un sistema de procedimientos plebiscitarios solamente le corresponde una relevancia derivada de sus bases «sociales y técnicas». Frente a la praxis de las ordenanzas de necesidad del presidente del *Reich*, el Estado alemán, manifiesto en su realidad constitucional actual concreta, se considera una combinación entre el Estado administrativo y el Estado jurisdiccional que encuentra su última justificación sobre la base y en el ámbito de la

legitimidad plebiscitaria democrática. Sin embargo, el sentido de manifestación de voluntad no es el de la normativa, sino, como dice con acierto la expresión «plebiscito», una decisión tomada por una voluntad. Asimismo, está en la naturaleza de las cosas el que el plebiscito únicamente pueda organizarse en determinados momentos e intermitentemente; el citado «plesbicito diario», el «plésbicito de tous les jours», en realidad, no puede organizarse. El pueblo sólo puede decir sí o no; no puede aconsejarse, deliberar o discutir; no puede gobernar ni administrar; tampoco puede elaborar normas, sino solamente sancionar con su sí un borrador de normas en trámite. Tampoco puede, sobre todo, preguntar sino sólo responder con sí o no a una cuestión formulada. Si, en vez de responderse una cuestión, se formulan una serie de listas de candidatos de partidos- que, se efectúan, ciertamente, de la manera más oscura y confusa por una comisión de partidos- y el gobierno evita también plantear cualquier cuestión decisiva a través de la disolución del Parlamento, entonces el procedimiento que debería reproducir una «votación» se convierte en una procedimiento intrínsecamente imposible. No es ya una votación, sino que tiene el sentido de un plebiscito; pero un sí tampoco llega a articularse como un plesbicito auténtico por falta de contestación o si lo hace es, en el mejor de los casos, por un incidente afortunado. Y, sin embargo, la legitimidad plebiscitaria es el único tipo de justificación estatal que debería reconocerse hoy, generalmente, como válida. Incluso es presumible que hoy la parte mayor de las tendencias vigentes hacía el «Estado autoritario» encuentren aquí una explicación. Estas tendencias se resuelven simplemente llamándolas nostálgicas, reaccionarias o restauradoras.

Tiene una significación todavía mayor el hecho de que el origen de los «Estados totalitarios» actuales se encuentre en la democracia, estrictamente en la politización de la completa existencia humana, y que, como plantea Heinz O. Ziegler (*Autoritärer oder totaler Staat*, Tübingen, 1932), una autoridad estable requiera, para proceder a la despolitización necesaria y salir del Estado totalitario, conquistar tanto esferas de libertad como ámbitos de vida libre. No obstante, el motivo mayor de aquellas tendencias hacía la *auctoritas* descansa,

desde el punto de vista de la teoría constitucional, en la misma situación y se origina directamente del hecho de que la legitimidad plebiscitaria ha quedado como el único sistema de justificación reconocido. Debido a su dependencia de la cuestión planteada, se mantiene que todos los métodos plebiscitarios proceden de un gobierno que no sólo facilite los negocios, sino que también tenga autoridad para proceder correctamente al planteamiento de las cuestiones plebiscitarias en el momento apropiado. Las cuestiones pueden ser planteadas únicamente desde arriba; la respuesta sólo puede venir desde abajo. Asimismo, se prueba aquí la fórmula del gran elaborador de constituciones, Sieyès: la autoridad desde arriba, la confianza desde abajo. La legitimidad plebiscitaria necesita un gobierno o alguna otra instancia de autoridad sobre la que se tenga la fe de que planteará la cuestión apropiada correctamente y que no abusará del gran poder en el que se basa el planteamiento de la cuestión. Ésta es un tipo de autoridad bastante relevante y singular. Puede originarse de distintas fuentes: de la acción e influencia de un gran logro político; de residuos autoritarios todavía existentes de un periodo anterior a la democracia; o de una autoridad política de una elite cercana a la democracia- de la que son, casi siempre, sucedáneos o caricaturas los actuales partidos organizados. Igualmente, un gobierno, que en vez de la legalidad parlamentaria o la legitimidad plebiscitaria de un presidente elegido, quisiera apoyarse en la fuerza del ejército o en la burocracia, necesita la legitimidad plebiscitaria como sanción, porque hoy no se impone ninguna otra sanción. Pero tendría también que decidir el planteamiento de la cuestión plebiscitaria por él mismo, y correr con el peligro total de fracasar. Sólo es aparentemente más seguro abusar del tipo de soberanía que le toca a un gobierno que ha fracasado en todo, y que quiere evitar plantear la cuestión claramente. Esto es posible durante un periodo. Pero el manto de la legitimidad plebiscitaria es difuso y con muchos pliegues, y puede envolver y encubrir muchas cosas. La apelación al pueblo comporta siempre una dependencia para los que apelan, e, igualmente, el célebre ejemplo de los plebiscitos napoleónicos apunta como precarias y amovibles esas legitimaciones. Sería absolutamente un error peligroso el considerar al instrumento de la legitimidad

plebiscitaria como un instrumento más inofensivo que otros métodos, y el esperar que pudieran manipularse aquí con especial habilidad un brazo débil o un voluntad indecisa o encontrarse un complemento cómodo.

Ciertamente, la situación momentánea se caracteriza aquí en su totalidad a través de esfuerzos por completarse y suplementarse. En los periodos de transición poco claros, cualquier gobierno, a pesar de usar el método plebiscitario de disolución del Parlamento, evita plantear una cuestión plebiscitaria, a la cual se puede responder definitivamente con un sí o un no. La ordenanza de disolución del presidente del *Reich* de 4 de junio de 1932 (*RGB* 1, I, pág. 255) alega como fundamento que el *Reichtag* «según el resultado de las votaciones celebradas en los últimos meses en los *Landtag* de los *Lander*, no se corresponde ya con la voluntad política del pueblo alemán». Aquí, la justificación plebiscitaria está asociada con la evasión de una cuestión plebiscitaria, y la «votación», que siguió a tal disolución, no pudo dar una respuesta (respuesta que sería definitiva) para contener una decisión política segura. El proceso global no es ni una votación auténtica, ni un plebiscito puro y sólo sirve, según su resultado, como suplemento a la falta de legitimación del gobierno o de algún partido. Pero también la burocracia, que sustenta al Estado administrativo, busca de manera comprensible tales complementos. Está ligada a las fórmulas tradicionales de legitimidad- ya sea dinástica, o democrático-plebiscitaria-, si bien ninguna es apropiada para los nuevos problemas de los Estados dirigidos al totalitarismo, como el Estado económico, el Estado de previsión y muchos otros. De esta forma, este Estado burocrático no puede prescindir, tampoco, de la autoridad que se le ha prestado (como sucede en el Derecho público romano donde la autoridad que tuviera *jus cum patribus agendi*, retenía la *auctoritas* del Estado), y para lo que encuentra posibilidades, en parte, en el presidente del *Reich,* en parte, en la justicia de los tribunales superiores, particularmente en el Tribunal estatal para el *Reich* alemán y el Tribunal supremo del *Reich.* Pero se entiende, a partir de lo mismo, que los tribunales no pueden desempeñar esa función por mucho tiempo, sino en tanto su autoridad persiste y no sea su-

primida a través de una decisión política sobre cuestiones de poder adoptada en un procedimiento judicial.

Al final, los soportes orgánicos del sistema pluralista pueden vivir únicamente de suplementos en una situación de ese tipo propia de un Estado de partidos, por cuanto no se establece ninguna autoridad propia e interna. En definitiva, a pesar de que la Constitución exige un gobierno sostenido con la confianza del Parlamento, el gobierno no encuentra ni un voto de confianza ni tampoco un voto de desconfianza, sino una serie de expresiones intermedias como «consentir» o «tolerar» en calidad de expresiones eclécticas entre Estado y partido; no se aprueba ninguna ley de habilitación, pero tampoco se requiere la derogación de las ordenanzas dictadas según el art. 48, sec. 2, sino que se prefiere aquí la situación intermedia. Un Estado pluralista de partidos no se vuelve «totalitario» por su fuerza y poder, sino por ser su debilidad; interviene en todos los ámbitos de la vida, porque las exigencias de todos los intereses tienen que satisfacerse. Especialmente, tiene que intervenir en el ámbito de la economía, hasta ahora libre de injerencias por parte del Estado, también cuando desiste de la conducción e influencia política. «Un Estado, que en una época de económica y técnica prescinde de un desarrollo económico y técnico bien conocido y a presidirlo por él mismo, tiene que manifestarse neutral frente a las cuestiones decisiones políticas y, con ello, renunciar a sus pretensiones de dominación. Aún así, ningún Estado con esta pretensión renunciará jamás a dominar con la abolición y supresión del derecho de resistencia, mientras que, aún siendo muy débil, exista como Estado. Por el contrario, podría incluso confirmarse, como lo ha afirmado B. Constant, que la debilidad y medianía usan el poder que se les otorga de manera más convulsiva y violenta que un poder legítimo, precisamente cuando éste es arrastrado por su frenesí. Un Estado débil busca indistintamente, en ese caso, legalizaciones, legitimaciones y sanciones, y se sirve de ellas tal y como las encuentra. En un ente estatal, que cuantitativamente por extensión y materia de sus intervenciones, es «totalitario» y al mismo tiempo, está dividido en un Estado de pluralista de partidos, esos retazos de poder se adueñan de las in-

fluencias políticas, y, ciertamente, tanto si tiene duración relativa como si su existencia es momentánea, están todos sometidos a la misma coacción: aprovechar el momento de poder para anticiparse al enemigo político interior y considerar cada uno de los tipos de justificación como armas para la guerra política interna. Legalidad y legitimidad se convierten, entonces, en instrumentos tácticos, cada uno de los cuales se maneja como ventajoso en un momento determinado, y se dan de lado cuando se dirigen en su contra, y que tratan de ser constantemente arrancados de las manos del adversario. Ni la legalidad parlamentaria, ni la legitimidad plebiscitaria, ni cualquier otro sistema de justificación concebible pueden durar ante semejante depreciación como herramientas técnico-funcionales. Igualmente, la Constitución se desvanece en sus contradictorios elementos interiores y posibilidades de interpretación, y ninguna ficción normativa de «unidad» evita que cualquier grupo en pugna se adueñe de las partes o expresión constitucional que parezca más apropiado para destruir al partido adversario, también en nombre de la Constitución. Entonces, legalidad, legitimidad y Constitución, en vez de prevenir la guerra civil, sólo contribuirían a su agravación.

En tal situación y con tales métodos se agotan tan rápidamente los residuos de autoridad como la legalidad y la legitimidad, y, generalmente, una nueva configuración de la Constitución se percibe, en general, como necesaria. Entonces, incluso el tipo más humilde de intereses a favor del *status quo* son acordes con las «reformas». El grado más extremo de desgracia se produciría si la nueva e inevitable configuración se convirtiera, asimismo, en instrumento de compromisos tácticos y se perdiese la gran posibilidad de una reforma con cambios orgánicos. Por ello, se requiere una visión clara de la coherencia estructural que distinga a una Constitución de cualquier otro producto de la actividad legislativa de la política de partidos. Sobre todo, se tiene que formular la primera y más importante cuestión de la cual hoy se plantea todo plan serio para reformar la Constitución alemana. Ésta afecta a la alternativa elemental: apreciar el contenido substancial y los poderes del pueblo alemán o retener y continuar con la neutralidad axiológica funcionalista y con la ficción

de la igualdad de oportunidad (*chance*) para cualquier contenido, tiempo y corriente sin distinción.

Una Constitución que no osara a decidirse aquí y que, en vez de un orden substancial, quisiera imponer a las clases, las tendencias y los objetivos en pugna la ilusión de que su gobierno puede establecerse legalmente, que todos sus objetivos políticos pueden conseguirse legalmente y que todos sus enemigos pueden eliminarse también legalmente, no es hoy posible más que como compromiso formulario dilatorio que destruiría en su puesta en práctica su propia legalidad y legitimidad. Fallaría necesariamente en el instante crítico en que una Constitución tuviera que responder. Como se ha indicado más arriba, se entiende que la lacra de la Constitución de Weimar es que ha procurado una yuxtaposición por la que, al final, se oponen la primera y la segunda parte de la misma como dos Constituciones distintas con distinto tipo de lógica, distinto espíritu y distinto fundamento. Por tanto, tal y como existe esta Constitución, son muchas las contradicciones. Pero lo que Friedrich Naumann asienta confusa y borrosamente cuando —bajo el ridículo de las risas de un positivismo inconsciente de la anteguerra— redacta el proyecto sobre derechos fundamentales, tiene aún mayor relación con la esencia de una Constitución alemana que la neutralidad axiológica del sistema funcionalista mayoritario. Si se plantea sólo, que la Constitución de Weimar tiene dos Constituciones, una de las cuales votada, entonces la decisión tiene que recaer sobre el principio de la segunda Constitución y su tentativa de orden sustancial. La esencia de la segunda parte de la Constitución de Weimar merece ser liberada de sus mismas contradicciones y faltas de compromisos y ser desarrollada conforme a su lógica interna. Logrado esto, se salva, entonces, la idea de una obra constitucional alemana. En caso contrario, en breve terminará con las ficciones de un funcionalismo de mayorías neutral frente a los valores y con la misma verdad. Entonces, la verdad se vengará.

ANEXO

LA ÉPOCA DE LA NEUTRALIDAD Y DESPOLITIZACIÓN *

Los pueblos de Europa Central vivimos bajo la mirada de los rusos. Su ojo sutil ha penetrado el secreto de las máximas y de las instituciones del siglo XIX. Dotados de enorme vitalidad, consiguen adueñarse de nuestros conocimientos y de nuestra técnica y con ellos forjan sus armas. Su valor, fundado en la ciega afición al racionalismo, su fuerza, constituida por su apego a la ortodoxia, sin diferenciar lo bueno de lo malo, son sus virtudes sobresalientes. Han sabido atemperar el socialismo a las necesidades del alma eslava y tal acontecimiento, como proféticamente escribiera Donoso Cortés en 1848, iba a ser el hecho decisivo de nuestro siglo.

En 1929, mil signos han dejado entrever que nos encontramos aún en uno de esos períodos de cansancio que acompañan generalmente a las grandes guerras y se caracterizan por la invocación infructuosa del pasado. La Europa del siglo XIX, trastornada por una formidable coalición dirigida durante veinte años contra Francia, vio nacer, poco después de 1815, una generación de hombres similares que, salvo algunas excepciones, se podían definir con esta simple fórmula: «legitimidad del *statu quo*».

En estas circunstancias poco importa, en realidad, hacer renacer una manera de vivir desaparecida. Aferrarse desesperadamente a las tradiciones antiguas, tanto en política interior como

* Traducción de Francisco Javier Conde.

en la exterior, obedece simplemente a este argumento que uno se hace a sí mismo. ¿Después del *statu quo,* qué nos espera? Pero pronto, bajo la máscara de la restauración del pasado, vuelven las cosas a transformarse con rapidez, y sin llamar la atención siquiera, sin que queda fijar ni su sentido ni su alcance, nacen nuevas situaciones y se establecen relaciones nuevas. Y cuando llega el momento de la legitimidad, se esfuman como un fantasma.

Los rusos se han asido a la letra de nuestro siglo XIX; han estudiado el funcionamiento de todas las cosas con todos sus pormenores y, una vez sentadas las premisas, han sacado sus últimas consecuencias. El más audaz siempre impone sus concepciones a su semejante, se erige en su carcelero y le obliga a realizar su propio parecer. No es mi intención estudiar aquí la realidad política de Rusia, sino recordar un hecho de primordial importancia; en tierra rusa la lucha contra el cristianismo, favorecida por el prodigioso desarrollo de la técnica, ha sido erigida solemnemente en símbolo; en este vasto Imperio ha nacido un Estado que aventaja en refinamiento y el poder de realización a todo lo que los príncipes absolutos como Felipe II, Luis XIV o Federico el Grande, soñaron jamás realizar. Quien intente, pues, explicar este fenómeno, no puede perder de vista la historia europea de los últimos siglos. El espectáculo de Rusia es la última etapa de una evolución que comienza en Europa Occidental; simboliza el coronamiento de una idea; en él se puede analizar, como a través de un cristal de aumento, ese germen vivo de la historia moderna de nuestro continente.

De cómo cada sector del conocimiento humano puede convertirse, sucesivamente, en centro de atracción intelectual de una época

Recordemos la etapa recorrida por el espíritu humano a lo largo de estos cuatro últimos siglos, los diferentes sectores desde los cuales se ha dignado contemplar alternativamente a la humanidad. Estas etapas son cuatro: aparecen de una manera curiosa. Llevan los nombres siguientes: Teología, Metafísica, Moral y Economía. Algunos intérpretes de la historia universal, Vico y Comte,

han elevado esta observación, propia de una época determinada de nuestra historia continental, a regla general rectora de los destinos de la humanidad, y de ella ha salido la famosa «ley de los tres estadios«; teología, metafísica, ciencias o positivismo.

Pero, a la verdad, lo único que cabe afirmar es que Europa, a partir del siglo XVI, ha gravitado sucesivamente sobre cada uno de estos diferentes sectores y que toda nuestra civilización ha sido influida por esta evolución. En el curso de los cuatro siglos transcurridos, la actividad intelectual de nuestros antepasados ha conocido cuatro zonas de atracción diferente y, por su parte, las minorías activas, que formaban antaño la opinión avanzada, han consagrado alternativamente su pensamiento a sectores diferentes, a medida que los siglos se sucedían.

Estas variaciones constituyen la clave para el que aspira a comprender el espíritu de las generaciones sucesivas. No se trata aquí, sin embargo, de considerar ese desplazamiento de los valores que conduce de la teología a la metafísica, de la metafísica a la moral y luego a la economía, como una teoría sobre las ideas dominantes aplicables a la historia general del pensamiento y de la sociedad, ni como una ley filosófica del mismo tenor que la ley de los tres estadios. ¿Qué nos importa a nosotros la historia de las civilizaciones extrañas y el ritmo de la historia universal? Tampoco nos preocupa saber si se trata de un progreso o de una regresión. Además, sería necio imaginar que fuera de las preocupaciones dominantes de cada época no hubo otro pensamiento.

Por el contrario, no es raro que coincidan diferentes estadios en una misma época, que muchos contemporáneos, compatriotas y hasta hermanos, aparezcan repartidos en los diferentes peldaños de la escala. Limitémonos a recoger los hechos tal como la observación nos los muestra: en el curso de los cuatro últimos siglos de nuestra historia, a medida que las minorías se sucedían, sus convicciones y sus medios de prueba han ido variando continuamente. Su atención se ha dirigido hacia nuevos objetos; su manera de razonar se ha transformado, las grandes líneas ocultas de su política y los medios de persuasión de las masas han recibido cada día fórmulas nuevas.

Bien clara es en ese aspecto la primera fase de esta evolución, que evoca el paso de la teología del siglo XVI a la metafísica del XVII, período de gloria no sólo para la metafísica, sino también para la ciencia, durante el cual florece la edad heroica del racionalismo occidental y brillan nombres como los de Suárez y Bacon, Galileo, Kepler, Cartesio, Grocio, Hobbes, Spinoza, Pascal, Leibniz y Newton. Todos los conocimientos matemáticos, astronómicos y científicos que hicieron a este siglo para siempre célebre, no eran más que piezas sueltas de un vasto sistema metafísico o «natural» que los englobaba; todo pensador era un gran matemático y hasta la superstición tomaba entonces la apariencia del racionalismo cósmico y se llamaba astrología. El siglo XVIII, fundado por entero sobre una filosofía deísta, pareció olvidar la metafísica para consagrarse a la magna obra de la divulgación, a las aplicaciones científicas, a los trabajos literarios que relataban los grandes acontecimientos del siglo XVII, al humanismo y al racionalismo. Suárez continúa ejerciendo su influencia a través de las obras populares de aquel tiempo: Pufendorff; cuando trata de la moral o del Estado, no es más que el heredero de Suárez y el *Contrato social* no es, a su vez, sino una vulgarización de Pufendorff. El verdadero «pathos» del siglo XVII estriba en su estimación mística de la virtud, en alemán «Tugend», «Pflicht». Ni siquiera el romanticismo de Rousseau consigue desterrar abiertamente la moral. Una de las manifestaciones características de este siglo es la definición que Kant da de Dios: «un parásito de la moral», como suele llamársele en forma irreverente. En esta expresión: «crítica de la razón pura«, cada uno de los términos —crítica, razón y pura— se opone rigurosamente a los vocablos dogma, ontología y metafísica.

El siglo XIX se propuso una empresa evidentemente irrealizable, pretendiendo conciliar la tendencia estética y romántica con la economía y la técnica.

El romanticismo del siglo XIX –si nos atenemos a su significación histórica–constituye a manera de un guión, un enlace estético entre la moral del siglo XVIII y la economía del XIX; supo, sin gran esfuerzo, granjearse el favor de su época, mediante la

trasposición al plano estético de todas las conquistas del espíritu. La estética está, en efecto, en el camino que conduce de la metafísica y de la moral a la economía; el consumo y el goce estéticos, que siempre rozan lo sublime por alguna parte, tienen por consecuencia necesaria la sumisión de la actividad intelectual a las leyes de la economía y la reducción de nuestro ser a las dos funciones de producción y consumo. La economía nació, por decirlo así, de la estética romántica. En cuanto a la técnica, se nos presenta en el siglo XIX estrechamente ligada a la economía, bajo la forma del industrialismo. Nada más típico a este propósito que las teorías históricas y sociales de la doctrina marxista; la economía aparece por doquier corno base fundamental de toda construcción idealista. Aquí es donde la técnica entre en escena por primera vez. En efecto, esta doctrina distingue las grandes épocas de la humanidad según *el* método técnico, pero el sistema no deja por eso de ser económico y el porvenir cuidará de divulgar sus elementos técnicos. En una palabra, el marxismo, conforme en todo punto con el espíritu económico, pertenece enteramente al siglo XIX, siglo esencialmente económico.

El desenvolvimiento de la técnica se acentúa en tal manera a lo largo del siglo XIX, tan rápida es la evolución de las relaciones sociales y económicas, que todas las cuestiones morales, sociales y económicas se resienten de ello. Bajo el impulso formidable de los descubrimientos y de las realizaciones cada día más perfectas y más maravillosas, surge una «religión del progreso técnico«. Todo se resuelve en última instancia por el progreso. Ningún dogma es evidente ni más elemental que éste para las grandes aglomeraciones industriales.

Las masas no tienen consideración alguna al largo trabajo preliminar de ensayo necesario para la formación de las minorías. Renegando súbitamente de una religión que descansa en los misterios y en la creencia en el más allá, han conseguido crear para su uso, sin transición, una religión de los misterios técnicos, una religión terrestre del esfuerzo humano y de la superioridad del hombre sobre los elementos. Han sustituido el sentimiento religioso por un sentimiento técnico, que, como su predecesor, provie-

ne del misterio. El siglo XX ha nacido de esta fe religiosa en la técnica. Suele llamársele generalmente el siglo de la técnica; en realidad, esta expresión es incompleta. Cuando decimos «fe religiosa en la técnica«, queremos designar con ello no sólo una situación aparente, sino el resultado de una lenta progresión que sólo en caso de llegar felizmente a término podría dar nacimiento a una religión.

No existe la unidad de lo espiritual: el espíritu de una época está ligado a las circunstancias políticas de hecho que han determinado esa época. Y a la manera cómo cada nación fija a su antojo y sin recurrir a otro lo que ella misma entiende por nación, así cada época tiene una noción de la cultura que le pertenece en propiedad. Todo pensamiento original que guarde relación con el desenvolvimiento espiritual de la humanidad ha de tener en cuenta las circunstancias determinantes: son éstas las únicas leyes válidas en este dominio. A medida que se desplaza el centro de atracción de la vida espiritual, como vimos que acontece en el curso de los cuatro siglos precedentes, cada vocablo y cada concepto reciben significaciones diversas, adecuadas a las preocupaciones dominantes de la época. No se pierda esto de vista. Gran parte de las confusiones que hicieron la fortuna de algunos impostores provienen de un abuso del vocabulario: no es lícito trasladar a otro sector un término modelado por la metafísica, la moral o la economía. Las catástrofes y los grandes acontecimientos históricos que más impresionaban a las generaciones pasadas no eran enteramente ajenos a las preocupaciones dominantes de su tiempo: el temblor de tierra que causó la destrucción de Lisboa en el siglo XVIII dio origen a toda una literatura moral, al paso que en nuestros días, este acontecimiento no tendría ninguna repercusión intelectual; en cambio, una devaluación o una quiebra en el sector económico, no sólo acarrean consecuencias prácticas, sino que una parte considerable de la humanidad se apasiona por los problemas teóricos a que da lugar.

Un sencillo ejemplo pondrá al descubierto hasta qué punto puede variar la significación de un vocablo a medida que el centro de gravedad de una época pasa de un sector a otro. La noción

de «progreso«, del mejoramiento y perfeccionamiento —hoy día racionalización—no cesó de agitar al siglo XVIII, preocupado por la moral humanitaria. Se entendía entonces por progreso el adelanto de las ciencias morales, el desarrollo de la personalidad, el señorío de sí mismo, la educación y el progreso moral. Luego, con el desenvolvimiento del espíritu económico y técnico, el progreso moral, aunque todavía suscita alguna atención, queda preterido en segundo plano, detrás del progreso económico. En cuanto un sector asume la primacía sobre los demás, todas las cuestiones que interesan a éstos se convierten en secundarias, y su solución queda subordinada a la de los grandes problemas del día. Durante el reinado de la teología, todo parecía resuelto cuando lo habían sido satisfactoriamente las cuestiones de orden teológico; lo demás, lo que no dependía de la teología, se abandonaba a la iniciativa privada. La misma tendencia caracteriza a las épocas siguientes; a medida que se entra en la época de la moral, la única preocupación es dar al hombre una formación moral: todos los problemas gravitan sobre la educación. Cuando entramos en el reinado de la economía, ya sólo importa la producción y la distribución de las riquezas. Las cuestiones morales y sociales no tienen ya defensores; por último, el esfuerzo técnico propiamente dicho, los descubrimientos de la técnica, sirven para zanjar las cuestiones económicas, y los progresos técnicos señorean todo lo demás.

Citemos todavía otro ejemplo: el representante por excelencia del nivel intelectual de una época determinada, el «clerc», no es más que el portador de las preocupaciones dominantes de esa época. Tras el teólogo y el predicador del siglo XVI, viene el erudito del mi; vive, retirado en una república de sabios, sin contacto con las masas. Viene luego, en un siglo que todavía no ha dejado de ser aristocrático, la pléyade de escritores de gran difusión científica. En cuanto al siglo XIX, sería error grave detenerse en el intermedio romántico y no tomar en consideración más que los grandes pontífices de la religión nueva. El «clerc» del siglo XIX (cuyo primer representante se llama Carlos Marx) es, ante todo, un especialista en cuestiones económicas. Cabe, sin duda, que uno

se pregunte cómo el tipo social del «clerc» se atempera a la mentalidad económica y cómo los representantes de la economía política y de los sindicatos comerciales pueden llegar a formar una minoría intelectual. Por lo que a la técnica respecta, ya veremos más adelante cómo prescinde deliberadamente del «clerc».

Estos dos ejemplos son suficientemente claros para permitirnos enunciar ahora la ley general. Todos los conceptos del espíritu y todas las imágenes que se proponen herir la imaginación —Dios, libertad, progreso, hombre, naturaleza humana, dominio privado y dominio público, razón y racionalización, y, por último, las nociones de naturaleza y de cultura— aparecen en el curso de la historia desprovista de todo contenido y puestas constantemente bajo la acción determinante, «bajo la mirada», si se nos permite explicarnos así, del centro de atracción intelectual de la época.

Pero el Estado es el principal tributario de este centro de atracción intelectual: a él debe sus cualidades y su fuerza; de él depende, en efecto, la orientación de la antítesis amigo-enemigo. Así, mientras la teología ocupó el puesto dominante, el principio «cujus regio ejus religio» tuvo un alcance político que luego perdió. Pero este axioma reaparece más tarde, al formarse las naciones, bajo la apariencia del principio de las nacionalidades («cujus regio ejus natio»), y todavía se le distingue fácilmente bajo el reinado de la economía, cuando nos dice, por ejemplo, que dentro del mismo Estado no puede haber dos sistemas económicos contrarios. Capitalismo y comunismo se excluyen entre sí. Después que el Estado Soviético ha logrado sacar tan ventajoso partido del principio *«cujus regio ejus aeconomia»*, bien se puede, creo yo, ver en él la expresión de una ley general cuya aplicación varía evidentemente según la naturaleza del centro de atracción intelectual dado, pero cuyo alcance es mayor que el de las guerras de religión del siglo XVI o el de la historia de los pequeños Estados de Europa central. El socialismo de Estado trata de instituir un Estado conforme al espíritu económico. El Estado intervencionista quiere ser modelo, es decir, hallarse impregnado del espíritu del siglo. Debe poner todo su estudio en conocer bien las tendencias vigentes del espíritu: de esa condición pende su soberanía. El Es-

tado que en una era económica vacila en tomar la delantera y no se decide a regular las relaciones de este linaje, tiene que resignarse a adoptar una posición neutra frente a los problemas y las decisiones políticas y a renunciar, por tanto, a sus pretensiones soberanas.

¡Extraño fenómeno el de este Estado liberal del siglo XIX que a sí mismo se titula: *«Stato neutrale ed agnóstico»*, y se obstina en ver en su neutralidad un derecho a la existencia! Este hecho inesperado no es fácil de explicar en pocas líneas. La doctrina del estado neutro del siglo XIX es la expresión de una tendencia general que se desprende del estudio de la historia europea de los últimos siglos y viene a parar en la neutralidad intelectual. Tal vez sea ésta la explicación de lo que se llamó la «época de la técnica«. Veamos cómo.

El desenvolvimiento progresivo de la neutralidad y el destino de la política

La evolución que hemos considerado en el capítulo precedente y cuyo centro de gravedad pasa sucesivamente de la teología a la metafísica, la moral y la economía, trae consigo la neutralización creciente de esos diferentes sectores. Ninguna revolución intelectual ha tenido mayor repercusión que tuvo en el siglo XVII el paso de la teología al espíritu científico. Todavía estamos pagando hoy las consecuencias. Ese es el punto de partida de todas las grandes leyes generales sobre las cuales se ha intentado construir la historia: la «ley de los tres estadios« de Comte, la teoría de Spencer, que atribuye al desenvolvimiento de la industria moderna la desaparición necesaria del espíritu militar, y todas las demás construcciones análogas. La causa profunda de esta primera gran revolución se explica simplemente por la preocupación harto característica de procurar al espíritu humano un terreno de conciliación común y neutro. Después de las polémicas y de las luchas del siglo XVI, a nadie puede ya extrañar esa necesidad. Abandonando a la disputa toda las cuestiones controvertidas de la teología cristiana, se elaboró un sistema «natu-

ral« de la teología, de la metafísica, de la moral y del derecho. En una obra justamente célebre, ha descrito Dilthey este estado de espíritu, llamando principalmente la atención hacia el papel de la tradición estoica. Yo, por mi parte, *estoy convencido de que si la teología ha sido destronada es porque era un terreno de lucha y se buscaba un terreno de conciliación.*

Se ha neutralizado la teología, que ha dejado de ser el centro de atracción intelectual. Y el centro de atracción se fijó en otro dominio, jactándose de haber logrado aunar simultáneamente la seguridad, la evidencia, la concordia y la paz. Sonó entonces la hora de la neutralidad y del menor esfuerzo intelectual tres siglos antes del triunfo definitivo de la técnica. Nuestra sociedad europea no tenía ya más que seguir la corriente y perfeccionar su nueva imagen de la verdad.

Todas las nociones teológicas concebidas en el curso de los siglos se han tornado cuestiones privadas. Hasta el mismo Dios, con la aparición del deísmo en el siglo XVIII, dejó de formar parte de este mundo. Se ha transformado en un poder neutro y ha asistido, ajeno a todo, a los combates y a las luchas cotidianas. Dejó de ser un ente para convertirse en un concepto. En el siglo XIX, el monarca primero y después el Estado, van a convertirse también, a su vez, en órganos neutros; y la neutralidad cierra así un ciclo, que luego se hace clásico bajo el nombre de teología política, gracias a la doctrina liberal del poder neutro, que pone el poder político al alcance de su mano. Pero esta evolución supone, después de cada etapa, la creación de un nuevo terreno de lucha, y ésa es precisamente la razón del desplazamiento del centro de atracción intelectual. El nuevo centro, que en un principio fue declarado neutro, no tarda en ser presa de los intereses y de las luchas entre los hombres; cuanto mayor es su atracción, más violenta la lucha. La humanidad pasa sin cesar de un terreno de lucha a un terreno neutro; pero siempre este último vuelve a transformarse casi instantáneamente en terreno de lucha, obligando a los hombres a buscar la paz en otra parte. Tampoco el naturalismo ha conseguido instaurar la paz. Después de las guerras de religión vinieron las guerras nacionales del siglo XIX, ya en buena parte económicas, luego las guerras puramente económicas.

Si hoy se ha concedido a la técnica un margen tan grande de confianza, es porque se cree haber descubierto, por fin, el terreno neutro por excelencia. Nada parece, en efecto, más neutro que la técnica. Todo el mundo tiene derecho a disponer de ella a su arbitrio; la telefonía sin hilos sirve indistintamente para la difusión de todas las noticias y el correo cumple su papel de mensajero sin cuidarse del contenido de nuestros envíos. Comparados con las cuestiones teológicas, metafísicas, morales y aun económicas, sujetas siempre a disputa, los problemas puramente técnicos tienen, sin duda, una objetividad bastante consoladora. Sus soluciones son de una evidencia deslumbradora y fácilmente se comprende que *el* hombre, después de haber conocido la duda y la incertidumbre en otros dominios, haya buscado asilo en la técnica. Dentro de su ámbito, todos los pueblos y todas las naciones, todas las clases y confesiones, las edades todas sin distinción de sexo, se ponen de acuerdo en un instante para disfrutar por igual de las ventajas y comodidades de la técnica. Al conjuro de este nombre, las rivalidades de origen religioso, nacional o social, se esfuman, y este sector perfectamente neutro parece brindar a todos los beneficios de la armonía y de la reconciliación.

Sin embargo, la neutralidad de la técnica presenta un aspecto nuevo. La técnica es un instrumento, un arma y, precisamente por estar al servicio de todos, no es neutra. La técnica no puede por sí misma ejercer sobre el espíritu una acción determinante, ni hacerle adoptar una actitud neutral. Todos los órdenes de civilización, todos los pueblos, todas las religiones, la guerra como la paz, pueden recurrir a la técnica para forjarse sus armas. Y como el instrumento y las armas prestan cada día mayores servicios, todo autoriza a pensar que cada día serán usados con más frecuencia. Un progreso técnico no entraña necesariamente un progreso de orden metafísico, moral o económico. Si todavía hay muchos de nuestros semejantes que esperan de la perfección técnica un progreso de orden moral, es porque confunden de una manera mística la técnica y la moral, y porque imaginan ingenuamente que este poderoso medio no ha de servir más que para el bienestar social, su propia razón de ser, que serán siempre dueños de ese temible

medio de combate que la técnica pone en sus manos y que el poder que de ella nace les será siempre favorable. Pero, desgraciadamente, la técnica nunca vuelve su mirada hacia el lado de la civilización. Reducida a sí misma, es estéril, y en eso se distingue de los centros de actividad que la han precedido: no produce ni cultura, ni «clerc«, ni minoría, ni sistema político. En vano esperamos una minoría política compuesta de ingenieros y de inventores. El «sansimonismo» y todos los demás sistemas que se proponen la creación de una sociedad industrial, no se basan únicamente sobre la técnica, sino, en parte, sobre la moral humanitaria, en parte, sobre la economía. Ni la misma economía está actualmente dirigida por técnicos, y, además, cuando una organización social no tiene a su frente más que técnicos, es una sociedad sin jefe y sin dirección. Sorel fue más que un ingeniero: se hizo «clerc«. Ningún invento dentro del dominio de la técnica permite prever su alcance político. Los inventos del siglo XV y XVI sirvieron a la libertad, al individualismo y a la revolución; el descubrimiento de la imprenta ha conducido a la libertad de la prensa. Hoy el progreso técnico se revela como un formidable medio de dominación; pone en manos del Poder publico el monopolio de la telefonía sin hilos y la censura del cine. Vemos, pues, que la *técnica es perfectamente indiferente a nuestra orientación espiritual; puede ser revolucionaria o reaccionaria; lo mismo sirve a la causa de la libertad que a la del poder, a la de la centralización o a la de la autonomía.* En una palabra, sus datos y sus aplicaciones no sirven para plantear, ni para dilucidar una cuestión de orden político.

En Alemania, el espectáculo de decadencia que ofreció la generación pasada tiene origen más antiguo que la guerra mundial: no hacía falta para que se manifestara, ni la revolución de 1918, ni la «decadencia de Occidente« de Spengler. Se adivina a través de las declaraciones de Ernst Troeltsch, de Max Weber y de Walter Rathenau. La fuerza irresistible de la técnica, es, a sus ojos, el triunfo de la inepcia sobre el espíritu. Fue el reinado de la mecánica, y bien puede afirmarse que si la mecánica no está del todo desprovista de espíritu, por lo menos, carece enteramente de alma.

Con la técnica, la neutralidad espiritual llega a su expresión más simple: la nada. Tras de haber reducido a abstracciones la religión y la teología, y, más tarde, la metafísica y el Estado, nuestro patrimonio intelectual y moral parece haberse convertido enteramente en una abstracción, y la neutralidad absoluta fue, por último, el anuncio de su completa dilapidación. Sin embargo, cuando una religión grosera se esforzaba por asentar los goces de su paraíso en la aparente neutralidad de la técnica, algunos sociólogos de nombre presintieron que esa ola de neutralidad, que invadía todos los dominios del pensamiento, amenazaba arrollar también toda nuestra cultura. Sobrevino el espanto al ver que nuevas capas sociales se erguían en ese desierto moral e intelectual de la técnica. Afluían sin cesar de esa nada masas de seres humanos, completamente extraños, si no hostiles, a la herencia del pasado. Y esta angustia, que de mil maneras se traslucía, no tenía más fundamento que el temor que se sentía de no poder adueñarse del instrumento de la técnica, que, sin embargo, estaba allí sólo para servir. La técnica era el resultado de un trabajo considerable del espíritu humano, el producto de una disciplina; fue un desatino hacer de ella un mundo aparte, separado de sus factores espirituales y vitales, y favorecer el florecimiento de una mística independiente. El genio de la técnica, que ha conducido a las masas populares al deísmo, no es por eso menos espíritu, espíritu maléfico y satánico si se quiere, pero que, en modo alguno, se puede reducir apuro organismo técnico. Cabe que se le tenga aversión, pero no sería lícito confundirlo con el «mecanismo de la técnica«. Proviene de la metafísica, y es su fe, el poder sin «límites y el señorío absoluto del hombre sobre la naturaleza, incluso sobre la humana, el vencimiento de las fronteras naturales, que alcanza hoy su punto culminante, y la existencia de fuentes inagotables de distracción, de lujo y de goce para uso de los mortales. Todo este despliegue de fuerzas tiene algo de maravilloso; es digno de la intervención de potestades infernales; jamás se le podrá considerar como un fenómeno económico, privado de alma y de espíritu, y salido de la nada.

La idea de un derrumbamiento cultural y social se asoció al pánico provocado por los atentados sucesivos al «statu quo«, en vez de

brotar normalmente como consecuencia de un examen ponderado del desenvolvimiento intelectual y de sus consecuencias. Todo choque creador de cierta envergadura, toda reforma, toda minoría social nueva deben su origen a una disciplina del espíritu y a un renunciamiento voluntario o forzado, que implica, ante todo, la renuncia al «statu quo». El cristianismo primitivo y todas las grandes reformas que suscitó a través de los siglos, todos los renacimientos que hicieron volver a los principios primitivos, ese «retornar al principio», todas las tentativas para acercarse a la naturaleza pura y sin mácula, cuando se las mira a la luz del «statu quo« en vigor, parece que entrañan la negación de la cultura y de la sociedad. Todo en un principio acontece sin ruido y en la sombra: nada llama la atención del historiador o del sociólogo. Cuando llega la hora de la consagración oficial, se está ya en presencia de un momento crítico, cuyos vínculos con un pasado misterioso y oscuro, amenazan romperse.

Después de haber inaugurado la era de la técnica, la neutralidad ha alcanzado hoy la última etapa de su desenvolvimiento progresivo. La técnica ha dejado de ser el terreno neutro anunciado por sus profetas, y se ha puesto al servicio de la política. Por eso sería imprudente emplear la expresión «siglo de la técnica» en un sentido absoluto. La última palabra se dirá el día que sepamos qué genero de política ha logrado adueñarse de la técnica y podamos examinar las características de la antítesis «amigo-enemigo« nuevamente formada.

Son todavía muy numerosas las falanges obreras que en las comarcas industriales se afilian a la religión confusa de la técnica: como acontece siempre a las masas, quieren realizar las cosas extremas, creen firmemente, sin haberse tomado la molestia de reflexionar, que tras muchos siglos de infrustuosas investigaciones, se ha arbitrado, por fin, un medio de abolir la política, de acabar con las guerras y de hacer que la paz reine en todo el universo.

En realidad, la técnica no puede sino acentuar la paz o la guerra y ofrecer sus servicios a una y a otra; ninguno de los nombres destinados a disimular la guerra, ningún juramento pacifista será

capaz de mudar las cosas. Bien claro se ve cuán fácil es sugestionar a las masas velando el sentido de las palabras. La ley secreta de este vocabulario mágico harto la conocemos; a la más atroz de todas las guerras, se da el nombre de paz, a la opresión, libertad, y las cosas más horrorosas contra el género humano se ejecutan en nombre de la humanidad. Ahora comprendemos bien el estado de espíritu de esa generación que en el imperio de la técnica veía la decadencia moral y espiritual. Conocemos el pluralismo que impera en toda actividad espiritual, sabemos que ningún centro de atracción intelectual puede ser dominio neutro y erróneo pretender resolver un problema político con antítesis tales como «mecánico« y «orgánico«, «muerte« y «vida«. Una vida que sólo tiene delante la muerte, no es vida, es impotencia y desesperación. El que no tiene más enemigo que la muerte y ve en ella un simple mecanismo sin consistencia, más cerca está de la muerte que de la vida; la fácil antítesis que consiste en contraponer las nociones de lo orgánico y lo mecánico no es, en suma, más que una construcción mecánica. Poner el espíritu y la vida frente a la muerte y la mecánica, es renunciar al combate, y esa táctica no puede engendrar más que los suspiros del romanticismo. La vida, en efecto, no combate contra la muerte, y el espíritu no tiene por adversario la falta de espíritu. Lucha el espíritu contra el espíritu, la vida contra la vida y la armonía aquí abajo halla su fuerza en el conocimiento integral de las cosas humanas. *Ab integro nascitur ordo.*

COLECCIÓN CRÍTICA DEL DERECHO

SECCIÓN ARTE DEL DERECHO

El Derecho Civil y los Pobres
ANTON MENGER

El espíritu del Derecho Romano
RUDOLF VON IHERING

El problema de la creación del Derecho
PHILIPP HECK

Filosofía del Derecho
GUSTAVO RADBRUCH

Derecho privado positivo
FRANCISCO GENY

Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjera y española
ALEJANDRO GALLART Y FOLCH

La reforma Constitucional
ADOLFO POSADA

El fin en el Derecho
RUDOLF VON IHERING

Teoría General del Estado
G. JELLINEK

Elementos de sociología jurídica
GEORGES GURVITCH

Teoría del hecho jurídico
JOAQUÍN COSTA

La lógica de las normas
ALF ROSS

Historia del derecho privado de la edad moderna
FRANZ WIEACKER

La soberanía
BERTRAND DE JOUVENEL

Aspectos jurídicos del capitalismo moderno
GEORGES RIPERT

Evolución de la libertad
ROSCOE POUND

Esencia y valor de la democracia
HANS KELSEN

Pactos colectivos y contratos de grupo
MANUEL ALONSO OLEA

Sociología del derecho
MAX WEBER

Teoría general del negocio Jurídico
EMILIO BETTI

Introducción al pensamiento jurídico
KARL ENGISCH

La gramática de la política. El Estado Moderno
H.J. LASKI

Fragmentos de un diccionario jurídico
SANTI ROMANO

Teoría general del Estado
HANS KELSEN

La autonomía privada
LUIGI FERRI

Tratado de las pruebas judiciales
JEREMÍAS BENTHAM

El pensamiento burocrático
ALEJANDRO NIETO GARCÍA

Manual de sucesión testada
JUAN OSORIO MORALES

Teorías e ideologías en el Derecho Sindical
GIOVANNI TARELLO

SECCIÓN ARTE DEL DERECHO

Estudios preliminares de sociología del derecho
THEODOR GEIGER

Justicia Política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos
OTTO KIRCHHEIMER

Tratado de derecho político
ADOLFO POSADA

Las servidumbres
BIONDO BIONDI

Las transformaciones del estado y del derecho
LEON DUGUIT

La casación civil
PIERO CALAMANDREI

¿Es el derecho una ciencia?
RUDOLF VON IHERING

Teoría general del Derecho
HANS NAWIASKI

Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos
KARL LARENZ

Cultura jurídica y política del derecho
GIOVANNI TARELLO

El nomos de la tierra
CARL SCHMITT

La formación histórica del derecho español del trabajo
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

Teoría general del derecho • Metodología del derecho
FRANCESCO CARNELUTTI

Filosofía del dinero
GEORG SIMMEL

Principios de derecho público y constitucional
MAURICE HAURIOU

El Leviathan
CARL SCHMITT

La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales
KARL ENGISCH

Introducción al estudio de la autonomía colectiva
G. GIUGNI

Contribución a la crítica de la economía política
CARLOS MARX

Las grandes tendencias del pensamiento jurídico
ROSCOE POUND

Historia del liberalismo europeo
GUIDO DE RUGGIERO

La naturaleza de la función judicial
BENJAMÍN N. CARDOZO

Teoría general del derecho administrativo
ADOLFO MERKL

El derecho al producto íntegro del trabajo • El estado democrático del trabajo
ANTONIO MENGER

Minuta de un testamento (Ideario del Krausismo liberal)
GUMERSINDO DE AZCÁRATE

Las ideas políticas contemporáneas
HERMANN HELLER

Sistema del Derecho Romano actual
DE SAVIGNY, M. F. C.

Tratado de la posesión
SAVIGNY

La idea del derecho social
GEORGES GURVITCH

SECCIÓN ARTE DEL DERECHO

Manual de Derecho Constitucional
LEÓN DUGUIT

Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo
JUAN DONOSO CORTÉS

Parte general del Derecho civil
ANDREAS V. TUHR

Máxîmas y principios de la legislación universal
ANTONIO ALCALÁ GALIANO

Teoría de las personas jurídicas
FRANCISCO FERRARA

Lecciones de sociología
EMILE DURKHEIM

Introducción al derecho político actual
FRANCISCO JAVIER CONDE

El derecho subjetivo
J. DABIM

Teoría y sistemas de las formas políticas
FRANCISCO JAVIER CONDE

La génesis del derecho
STAMMLER

SECCIÓN DERECHO VIVO

SECCIÓN DERECHO VIVO

La libertad fundamental en el estado constitucional
PETER HÄBERLE

La condición más beneficiosa
FERNANDO BALLESTER LAGUNA

Derecho al trabajo. Relación obligatoria y deuda formativa empresarial
JAIME SEGALÉS

Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras
F. JAVIER MALDONADO MOLINA

El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico
ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO

La movilidad transnacional de trabajadores: reglas prácticas
GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

La constitución del trabajo en el estado social
GONZALO MAESTRO BUELGA

Capitalismo flexible y estado de bienestar
JORGE RODRÍGUEZ GUERRA

Decisión judicial y ciencia jurídica: la propuesta de Karl Llewellin
FELIX FRANCISCO SÁNCHEZ DÍAZ

Una aproximación a la genealogía política
FEDERICO FERNÁNDEZ CREHUET LÓPEZ

La precariedad laboral en España
FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ
JESÚS LAHERA FORTEZA